

SENTENCIA N° setenta y nueve /2018.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **trece días del mes de noviembre de dos mil dieciocho**, se constituye el Tribunal de Impugnación Provincial conformado por los Sres. Jueces, **Dres. Andrés Repetto, Federico Sommer y Alejandro Cabral**, siendo que el último de los nombrados presidió la audiencia, con el fin de dictar la presente sentencia en instancia de impugnación, en el **Legajo MPFNQ 98.592 Año 2017, "PALMA, OMAR ALEJANDRO S/ROBO"**, seguido contra el imputado **OMAR ALEJANDRO PALMA**, DNI 35.311.074, con domicilio en barrio Puelmayen, manzana 48, lote 3 de Neuquén, de 28 años, nacido 20 de marzo de 1990, soltero, argentino, con secundario incompleto, hijo de Gabriel Palma y de Sandra Sonia Quilodrán.

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 30 de octubre de 2018 e intervino por la Defensa del imputado, la Dra. Cecilia Fanessi, encontrándose presente también su defendido, es decir el Sr. Palma, quien se encontraba detenido a disposición del Juzgado Federal de Neuquén; por la Fiscalía, el Dr. Maximiliano Breide Obeid.

I. ANTECEDENTES:

Por sentencia de fecha 25 de julio de 2018, del registro de la Oficina Judicial Penal de la

Primera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén, se resolvió "Declarar a OMAR ALEJANDRO PALMA, DNI 35.311.074, de demás circunstancias ya enunciadas, responsable del delito de Robo simple en grado de tentativa dos hechos en concurso real en calidad de coautor, previstos y reprimidos por los arts. 164, 42, 45 y 55 del CP..."; y, por sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, se resolvió imponerle la pena I.- "...de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo..." y II.- REVOCAR la condicionalidad de la pena impuesta mediante sentencia n° 1208 de fecha 15 de septiembre de 2017, en que le fue impuesta la pena de tres años de ejecución condicional en orden al delito de robo simple (2 hechos), encubrimiento por receptación dolosa (2 hechos), tenencia de arma de fuego de guerra sin autorización, e IMPONER como PENA ÚNICA conforme las reglas de acumulación, a OMAR ALEJANDRO PALMA, la de TRES (3) años de cumplimiento efectivo (Arts. 27, 55 y 58 del CP)".

II. La Defensa del imputado,
representada por la Dra. Cecilia Fanessi, dedujo recurso de impugnación ordinario respecto de la sentencia de responsabilidad y de pena.

Ya en la audiencia llevada a cabo el día 30 de octubre de 2018, la asistente letrada del señor

Palma, desiste de la impugnación de la sentencia de responsabilidad, manteniendo la impugnación respecto de la sentencia de pena.

Expresa que el Juez toma como agravantes de la pena, los antecedentes condenatorios y toma otros agravantes que se apartan de los parámetros constitucionales, tales como el principio de proporcionalidad, principio de humanidad y de dignidad.

Considera que el Juez debería haber impuesto el mínimo de la pena prevista, es decir 15 días, no se debió tener en cuenta la anterior condena, ni tampoco el hecho de que no necesitara dinero, es decir que tuviera medios para subsistir.

Agrega que el Juez no debió haber revocado la condicionalidad de la pena que le fuera impuesta por sentencia de fecha 15/9/17, N° 1208/17, de tres años de prisión de ejecución condicional, por dos razones: 1) por no estar firme la sentencia que le estaba imponiendo de seis meses de prisión, lo que entienda le causa un agravio de imposible reparación ulterior; 2) Por no haberle explicado al Sr. Palma, cuando se le impuso la pena de tres años de ejecución condicional (el 15/9/17), cuáles eran las consecuencias de cometer un nuevo delito.

Por todo lo expuesto, solicita: 1) Se modifique la pena impuesta en este legajo y se le imponga haciendo competencia positiva, la pena de 15 días de prisión; 2) Se deje sin efecto la revocación de la condicionalidad de la pena impuesta por sentencia N° 1208/17 y por tanto, también la unificación de pena realizada.

III. Luego de ello, **tomó la palabra el fiscal y dijo:** que la pena a imponer en los legajos que se llevaron a juicio oscilaban entre los quince (15) días y los ocho (8) años de prisión. El Juez tuvo en cuenta que el hecho había sido cometido al mes de haberse dictado la sentencia en que se le impuso la pena de tres (3) años de ejecución condicional. Además eran dos hechos de robo. Se queja la defensa diciendo que el hecho de que tenga dinero no puede considerarse como un agravante, pero lo cierto es que el Juez tiene en cuenta que no teniendo ninguna necesidad económica, le era más exigible que a otras personas motivarse en la norma.

Agrega que la Fiscalía había petitionado una pena de dos años de prisión y la revocación de la condicionalidad de la condena anterior y la unificación en cinco años de prisión de cumplimiento efectivo.

Dice que la sentencia del Juez agravió a la fiscalía, pero no la pudo impugnar por el monto de pena, ya que la fiscalía carece de impugnación para este tipo de sentencias. El Juez hizo una composición en la que la pena que impuso, implicó que no existiera la pena que fuera fijada en este legajo. Entiende que ello fue absolutamente arbitrario.

Por todo lo expuesto, dijo que a pesar de haber pedido la revocación de la condicionalidad de la pena impuesta y de haber petitionado la unificación, va a solicitar se decrete la nulidad de ello, tal como lo solicita la defensa, porque no estaba firme la sentencia.

A preguntas del Dr. Sommer, las partes mencionaron que tanto la revocación de la condicionalidad de la condena, como de la unificación de penas eran cuestiones que habían sido litigadas en la audiencia de cesura. A preguntas del Dr. Cabral, el fiscal mencionó que él había solicitado que tanto la revocación de la condicionalidad como la unificación de penas, se realizara al momento de dictarse la sentencia de pena, aunque aún no estuviera firme la sentencia que se estaba dictando.

V.- Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe

expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego el **Dr. Andrés Repetto** y, finalmente, el **Dr. Federico Sommer**.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Considero que la impugnación es formalmente procedente, toda vez que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimada para ello; y se trata de una sentencia definitiva y, por ende, de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 239 del Código Procesal Penal. Asimismo, de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP), fue posible conocer cómo se configuran los motivos de impugnación aducidos y la solución final que se propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible.

El **Dr. Andrés Repetto**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

El **Dr. Federico Sommer**, expresó: que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Los agravios son tres: 1) Monto de pena impuesta en este legajo que se aleja del mínimo; 2) Que no correspondía la revocación de la condicionalidad de la pena firme impuesta en otro legajo, por la falta de firmeza de la sentencia de pena en este legajo; y, 3) No correspondía la revocación de la condicionalidad de la condena anterior, porque nunca se le explicó cuál era la consecuencia de la comisión del nuevo delito.

En cuanto al primer agravio, el Dr. Yancarelli, explica el por qué se aleja del mínimo. En primer lugar, dice que *"gozaba al momento del hecho de condiciones de vida que no le hacían necesario recurrir al delito para conseguir el sustento propio y el de su familia"*. Tal como lo dijo el fiscal, el juez debe valorar las condiciones personales del imputado, los motivos que lo llevaron a delinquir y el Código Penal dice que debe valorar **"especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos"**.

Todo lo cual implica que el Juez debe justamente hacer hincapié en este aspecto. En el presente caso, el imputado no tenía necesidad alguna de cometer el delito, cuestión que debe ser valorada para graduar la pena.

En segundo lugar, también valora el antecedente condenatorio, la circunstancia de que hacía muy poco tiempo había sido condenado por un delito -un mes-, lo que demostraba un desprecio absoluto por la norma, dando un fundamento concreto del por qué había que tenerlo en cuenta. Es así que el Juez dijo: *"Lo que se le reprocha, es volver a repetir una conducta de naturaleza delictiva, pese a conocer con más nitidez las consecuencias de su obrar. Por supuesto, la anterior condena fue de ejecución condicional, no de prisión efectiva, pero conoce que las consecuencias de su desempeño ilegal son más perjudiciales que los logros obtenidos por su actividad delictiva. No es idéntica la situación de personas que si bien se desempeñan laboralmente, no cuentan con los recursos propios como los que si tiene Palma, sino tan solo trabajos esporádicos (changas como coloquialmente se le dice). Vale aclarar, la situación es diametralmente opuesta y diferente. De allí el reproche concreto, con incidencia en el quantum de pena. El segundo hecho es más reprochable por ese motivo..."*. La

defensa no hizo crítica alguna al argumento dado por el Juez para alejarse del mínimo de la pena.

Pero amén de todo ello, al momento de unificar la pena, efectuó una unificación no agregando pena a la que ya tenía impuesta, es decir que sólo revocó la condicionalidad de la pena impuesta por la comisión de un nuevo delito y en la unificación de penas por composición, no sumó ningún día a la condena que ya tenía, ello a pesar de haber impuesto una nueva pena de seis meses de prisión.

En este contexto, podemos decir que el agravio es inexistente y que el monto de seis meses de la pena impuesta en este legajo, no le causó perjuicio alguno.

En cuanto a la revocación de la condicionalidad y unificación de penas, es necesario aclarar algunos conceptos. En la condena de ejecución condicional lo que queda suspendido es el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta, la que está sujeta a una condición. La condición es que no cometa un nuevo delito dentro del plazo de cuatro años. Si el delito lo comete después de ese plazo, la condena se va a mantener, es decir que el antecedente condenatorio no se borra, pero la pena ya no es exigible y por tanto no la debe cumplir. Si el condenado a una pena de ejecución condicional comete un nuevo delito dentro del plazo de cuatro años, debe

cumplir la pena que estaba suspendida, con más la nueva pena que se le imponga.

Ahora bien, ¿por qué corresponde la unificación de penas? En el presente, corresponde la unificación de penas practicada por el sentenciante, por cuanto concurren claramente los presupuestos exigidos para la aplicación del art. 58 del C.P. El Sr. Palma el día 15/09/17 fue condenado a una pena de tres años de prisión de ejecución condicional, pena esta que se encontraba firme a la fecha en que comete un nuevo delito, es decir al día 23 de octubre de 2017. Por este último hecho es condenado. Es decir que el Sr. Palma estaba sometido -al momento de cometer el nuevo hecho, 23/10/17)- a los efectos de la condena de ejecución condicional, por cuanto todavía no había transcurrido el término -de cuatro años- fijado por el art. 27 del C.P. Siendo ello así, correspondía revocar la condicionalidad y acumular las penas de conformidad con lo que establece el art. 58 CP, tal como lo dispone el art. 27 del CP que dice "*Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas*".

Para que proceda la unificación de la pena impuesta por una sentencia firme, con la que se impone

en una causa abierta, se requiere: 1) que la persona tenga una condena por sentencia firme; 2) que la pena a cuyo cumplimiento está sometido el condenado, sea de cumplimiento efectivo, condicional (art. 26 CP) o, en libertad condicional; y 3) que la persona esté todavía sometida a sus efectos, es decir que no esté agotada la pena o no hayan transcurrido los cuatro años que habla el 27 CP en las penas de ejecución condicional. De darse estos supuestos, el juez de la causa abierta debe unificar de oficio la pena impuesta en la sentencia firme y aquella en la que está condenando.

Así lo ha entendido también la doctrina al decir *"Por el contrario, si el segundo delito se comete cronológicamente, no sólo después del primero, sino también después de quedar firme la condena condicional impuesta por éste, no cabe duda que se produce la situación prevista en el art. 27 y en la primera hipótesis del art. 58. En efecto, ese segundo delito se comete y se sanciona mientras se está cumpliendo la condena condicional, y la segunda implicará, conforme al art. 27, la revocación de la condicionalidad de la primera, y el caso deberá resolverse de acuerdo con la primera hipótesis prevista en el art. 58, mediante una unificación de penas. La pena única resultante deberá ser ejecutada mediante el ingreso del condenado en*

un establecimiento carcelario, ya que la primera pena dejará de estar suspendida y la segunda no podría ser de carácter condicional, pues no respondería al exigencia de "primera condena a pena de prisión" (Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. 1, arts. 1/34, pág. 387, David Baigún, Eugenio Zaffaroni, Ed. Hammurabi SRL, 2010).

Se agravia la defensa porque entiende que la nueva sentencia no está firme, pero cabe aclarar que ello no causa agravio alguno, pues al momento de revisarse la nueva condena, si se decide revocar dicha condena sólo quedará subsistente la condena anterior que se encuentra firme, pero no la nueva. De igual manera con la unificación de pena. En definitiva, no es necesario para revocar la condicionalidad de una pena impuesta por sentencia firme, ni para unificar penas, que la nueva sentencia -que da lugar a la revocación de la condicionalidad y unificación- esté firme, pues ello sucederá después, una vez que se confirme o no esta última sentencia, la revocación de la condicionalidad y la unificación de penas. El Tribunal revisor justamente deberá analizar las tres cuestiones, la nueva sentencia, si correspondía o no la revocación de la condicionalidad y la unificación de penas.

Por último, y en cuanto al agravio relativo a que al imputado no se le habían explicado las consecuencias de cometer un nuevo delito, no puede ser tenido en cuenta, pues amén de que la ley se presume conocida por todos, es claro que tanto el Juez como su defensor y el fiscal le explicaron -al arribar a un acuerdo-, cuál era la consecuencia de tener una condena en suspenso. Tan es así que en la misma sentencia del día 15/09/17, se deja constancia que no es necesario imponerle la regla de conducta de no cometer nuevo delito, porque es *"sobreabundante puesto que ya se encuentra establecida en el art. 27 CP"*.

En definitiva, considero que se deben desestimar todos los agravios expresados por la defensa y confirmar la sentencia en todas sus partes.

Por último y en cuanto a la conformidad fiscal para decretar la nulidad de la sentencia, debo destacar que la mera disconformidad con el monto de pena impuesto (por parte del fiscal) no puede implicar la nulidad de un acto, máxime cuando el propio fiscal reconoce que fue él quien había solicitado la revocación de la condena de ejecución condicional y la unificación de pena, yendo contra sus propios actos en esta audiencia.

El Dr. **Andrés Repetto**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.

El Dr. **Federico Augusto Sommer**, dijo: Coincido con los argumentos sostenidos por el juez del primer voto, y voto en el mismo sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. **Alejandro Cabral**, dijo:

Con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede 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, es que encuentro razón suficiente para eximir de costas al impugnante en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

El Dr. **Andrés Repetto**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las Costas.

El Dr. **Federico Augusto Sommer**, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por la defensa de Omar Alejandro Palma (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.- RECHAZAR todos los agravios esgrimidos, confirmando la sentencia de pena que fuera impugnada en todas sus partes (art. 246 del CPP).

III.- Sin costas en esta instancia (art. 268, 2do. párr. del CPP).

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación para su registración y notificaciones pertinentes, debiendo notificarse al imputado en forma personal.

Reg. Sentencia N° 79 T° VI Año 2018.-