



SENTENCIA N treinta y dos /2021.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los ***veintisiete del mes de Julio de dos mil veintiuno***, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Jueces RICHARD TRINCHERI, FEDERICO AUGUSTO SOMMER, y la Jueza LILIANA DEIUB, presididos por la tercera Jueza nombrada, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en **Legajo MPFCU N° 40982 Año 2020**, caratulado: **"GARNICA, ANGEL EMANUEL - BARRIA, IVAN YARID S/EVASION"**, seguido contra **IVÁN YARID BARRÍA**, D.N.I. N°:; cuyos demás datos obran en el respectivo legajo.

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia dictada el 23 de Junio del año 2021, el Tribunal de Juicio integrado por la jueza Laura Barbé, y los jueces Leandro Nieves y Mario Tommasi decidieron unificar las dos condenas que pesan sobre Barría Iván Yarid, la primera de ellas respecto del legajo N° 21587 en que fuera condenado por el delito de "robo a mano armada" a la pena de nueve (9) años y seis (6) meses de prisión, unificando con el presente legajo 40982 donde se le aplican siete (7) meses por el delito de "evasión" y se compone la pena única en nueve (9) años y once (11) meses de prisión de cumplimiento efectivo. Dictar la primera

reincidencia de Barría Iván Yarid, art. 50 del Código Penal.

En contra de dicha sentencia de pena, la Fiscalía y la Defensa dedujeron sendas impugnaciones (art. 242 del C.P.P.N.), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 C.P.P.N., el día 29 de Junio pasado, oportunidad en que las partes impugnantes, expusieron los fundamentos de sus recursos.

Esta audiencia se realizó de manera remota, a distancia, mediante video conferencia a través de la plataforma Zoom, según fuera aprobado mediante Acuerdo Extraordinario por el Tribunal de Superior de Justicia de Neuquén N°5925 del 18 de marzo del año 2020.

En la audiencia mencionada participaron por la Fiscalía la Dra. Sandra González Taboada y por la Defensa el Dr. Sebastián Perazzoli representando a su asistido Ivan Yarid Barría que se encontraba conectado desde la Unidad de Detención.

II.- Que por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del ritual se celebró la audiencia oral en donde las partes litigantes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida.

A.- En primer término y en función a lo acordado por las partes depuso la Fiscal Jefe Dra. Sandra

González Taboada sosteniendo que impugnaba la sentencia dictada el 23 de Junio pasado, vinculada a la unificación de condenas del Sr. Ivan Barría en el Legajo 40982/20, ocasión en donde se unifican las condenas en la pena única de nueve años y once meses de efectivo cumplimiento, contabilizando los siete meses que se le habían impuesto en audiencia anterior por el delito de evasión.

En relación a la admisibilidad formal sostuvo que su impugnación ingresa en el concepto de auto procesal importante en virtud a afectar la tutela judicial efectiva de quienes resultan víctimas de los procesos seguidos contra Barría, lo que provoca un gravamen irreparable, cierto y actual debido a que la decisión tomada en esa oportunidad se encuentra viciada por la información errónea que aportó el Ministerio Público Fiscal. Esa información llevó a una equivocación de los Jueces y debe ser anulada parcialmente en relación al punto III que dispone la unificación.

B.- Al responder la presentación de la Fiscalía el Defensor Dr. Perazzoli manifestó que objetaba la admisibilidad formal de la impugnación de dicho Ministerio, debido a que se trataba de una impugnación fundada en el quantum de la pena, lo que hace que la impugnación no supere el tamiz del art. 241 Inc. 3 del

C.P.P.N., ya que la pena impuesta fue la que solicitó la fiscalía y ese Ministerio posee limitaciones para recurrir en tanto que el recurso amplio solo corresponde al imputado.

La fiscalía respondió que su impugnación ingresaba en lo que se considera un auto procesal importante y por la gravedad de la situación acaecida en virtud a la información errónea proporcionada al Tribunal.

La defensa y en relación al auto procesal importante sostuvo que esta es una figura que solo puede ser invocada por el imputado y no por la fiscalía, por lo que solicitó que se declare inadmisibile la impugnación fiscal.

Por presidencia se decidió que la cuestión de admisibilidad sería tratada en la sentencia, por lo cual la Fiscalía continuó con su presentación, exponiendo que no tiene reparación ulterior el agravio causado por la sentencia que impugna. Sostuvo que en la primigenia sentencia dictada por la Dra. Barbé se invocó un acuerdo entre fiscalía y defensa por el delito de evasión, en esa audiencia celebrada el día 15 de Marzo pasado se acordó entre Fiscalía y Defensa, que la pena justa por el delito de evasión para el Sr. Barría, era la de siete meses de prisión de efectivo cumplimiento. En ese contexto, la

Dra. Barbé solicitó precisiones en relación a la aplicación del instituto de la reincidencia, sobre lo que las partes no habían acordado por lo cual se decidió que fuera resuelto ello en otra audiencia, homologando dicha Magistrada sólo la pena citada.

Posteriormente se fijó otra audiencia que se llevó a cabo el 17 de Junio pasado ante la Jueza Barbé y los Jueces Nieves y Tommasi, cuya sentencia es la que motiva la presente impugnación. En esta última audiencia no intervino la fiscal titular y la funcionaria actuante por la fiscalía se equivoca involuntariamente y refiere que la última condena unificada que tenía Barría era de nueve años y seis meses, por lo que con la unificación anterior solicita una unificación de nueve años y once meses; la defensa presta conformidad a dicha unificación y se opone a la declaración de reincidencia solicitada por la Fiscalía. Sobre la base de esta información errónea en relación a las unificaciones anteriores, los jueces fueron inducidos a error y dictaron la pena única sin haber tenido en cuenta el cómputo del 25 de Febrero de este año en el cual se destacaba la existencia de otras condenas.

Así destaca que en dicho cómputo se consideró la pena impuesta en el Legajo 19468/2015 en el que en fecha 29 de Febrero de 2016 se lo declaro

responsable del delito de robo calificado por el uso de arma en grado de autor (arts. 166 Inc. 2do y 45 del CP), habiéndosele impuesto la pena de 8 años de prisión de efectivo cumplimiento, ocasión en que se revoca la condicionalidad de la pena impuesta el 10/6/2015 en Legajo 17366 y estableciendo una pena única de 9 años y 6 meses de cumplimiento efectivo. C- Legajo 21587/2016, en el que con fecha 28 de abril de 2017 se lo declaró penalmente responsable de los delitos de Robo calificado por el uso de arma cuya aptitud no pudo acreditarse en concurso real con amenazas simples en concurso real con lesiones leves agravadas por ser la víctima un funcionario público (arts. 166 Inc. 2 último apartado, 149 bis, 89, en función del 92 y 80 Inc. 8, 55 y 45 del CP), ocasión en que se le impuso la pena de 4 años de efectivo cumplimiento, y se procedió a la unificación con la recaída en legajo 19468/2015 en una pena única de 12 años de prisión de efectivo cumplimiento.

Remarca que esa unificación no fue tenida en cuenta en esta oportunidad y por ende existió una incorrecta aplicación de la ley originada por la mala información brindada por el Ministerio Público Fiscal, y a pesar de que la defensa lo sabía, nada dijo en la audiencia, lo que coadyuvo a la errónea sentencia dictada por los Jueces.

Recuerda que en la audiencia ante la Dra. Barbé, la fiscal Dra. Czajka ya había planteado la existencia de la condena anterior unificada de doce años y no se pudo llevar a cabo la unificación, ante la discrepancia de las partes sobre la declaración de reincidencia.

En función a dicha gravedad, solicitó se nulifique el tercer punto de la sentencia impugnada y se remita para que un nuevo tribunal lleve a cabo la unificación de condenas del Sr. Barría.

La defensa al responder la impugnación de la Fiscalía sostuvo que dicha parte pretende una nulidad en base a información errónea que determinó una resolución errónea de los jueces. Esa audiencia fue solicitada por la fiscalía, y en esa audiencia la defensa no cuestionó el pedido de pena ya que la fiscalía hizo esa petición de composición de pena y la defensa solo cuestionó la petición de declaración de reincidencia.

Además sostiene que la parte que coadyuva a una nulidad, no puede después solicitar la declaración de nulidad por las siguientes razones: la fiscalía fue la que sostuvo esa unificación de pena, mal puede pretender la nulidad achacándosela a la defensa, ya que la propuesta de unificación surgió de un pedido fiscal. Por otro lado el

monto solicitado por la Dra. Uribe se encontraba en concordancia con la escala penal aplicable a los delitos que se estaban unificando al Sr. Barria, ya que la composición de penas no implica una suma aritmética, y por ende la defensa no posee responsabilidad por ello debido a que la pena estaba en consonancia con el artículo 58 del código penal. Hay por otro lado una cuestión vinculada al principio de unidad de actuación, la fiscalía está haciendo dos pedidos contradictorios, ya que el Ministerio Fiscal estuvo representado en esa oportunidad por la Dra. Uribe e hizo una propuesta ante el Tribunal, ahora la fiscalía pretende desandar el camino que ella misma llevo a cabo, en perjuicio del imputado.

Los fundamentos de la fiscalía basados en la tutela judicial efectiva ya fueron tenidos en cuenta por la Dra. Uribe al solicitar la unificación, más allá de las explicaciones que ahora proporciona la Dra. González Taboada, mal puede ahora invocar su propia torpeza en función a una pena que ellos mismos solicitaron. Asimismo en el sistema adversarial se dice que el Tribunal debe fallar en base a las concretas peticiones de las partes, y tratándose de una cuestión que surgió de la fiscalía, la actual propuesta de nulidad implica una violación a los principios generales del derecho.

Sobre los cálculos a los que refiere la Fiscal, mencionó que no son decisiones judiciales que no puedan ser revisadas, reconoce la existencia del cálculo de pena de Febrero de este año que se solicitó debido a que Barría tenía varios meses de reducción de pena en base a las previsiones de la ley 24660. Si hay un error en el cálculo de pena puede ser revisado en cualquier momento ya que no es un acto jurisdiccional sino que es confeccionado por la oficina judicial. Le sorprende que la fiscalía invoque la buena fe procesal, ya que gran parte de lo que está sucediendo fue por incumplimiento de los acuerdos, en función a que se había acordado oportunamente que la fiscalía no solicitaría la declaración de reincidencia.

Era perfectamente posible el pedido de pena solicitado por la Fiscalía en función a la composición de penas y la defensa no coadyuvó al error que menciona la fiscalía. Solicitar la nulidad implica volver sobre los actos propios y violentar la buena fe.

El Dr. Trincheri solicitó como precisión a la Fiscalía acerca de si la unificación debería haberse hecho sobre la pena de doce años, y la fiscalía mencionó que es así, que debía tenerse presente la última unificación de doce años. La defensa sobre este punto mencionó que es cierto que el 25 de Febrero de 2021 en el

marco del legajo 21587 se habría practicado ese cómputo de pena y consignado la pena de doce años, pero para la defensa no había legalmente impedimento para que dicho Ministerio efectúe un pedido de composición de Penas. La Dra. Deiub consultó a la defensa si tenía conocimiento de la Sentencia unificatoria dictada en Abril de 2017 mencionando la defensa que sabía del cómputo que se originaba en la sentencia anterior.

C.- Seguidamente en segundo término sostuvo su impugnación la defensa representada por el Dr. Perazzoli, sosteniendo que su agravio tiene tres motivos. Así sostuvo que la defensa se agravia por la declaración de reincidencia del Sr. Barría por tres fundamentos. Remarca, que momentos previos al acuerdo se comunicaron entre los litigantes y se habló sobre la reincidencia y lo que se terminó acordando era que la fiscalía no iba a solicitar la declaración de reincidencia, razón por la cual la fiscalía no la solicitó en la audiencia ante la Dra. Barbé. Luego ante preguntas de la Dra. Barbé sobre la aplicación de la reincidencia, la fiscalía petitionó la declaración de reincidencia de su asistido y ante la falta de conformidad de la defensa sobre que no había sido parte del acuerdo, y dió los fundamentos sobre su improcedencia; la Jueza

decidió homologar el acuerdo de pena y disponer que se litigue en otra audiencia el resto.

Esto fue planteado ante el Tribunal que finalmente hizo la unificación, y el Tribunal lo evaluó como una cuestión anecdótica, pero insiste en que no puede soslayarse el principio de buena fe y ello implica que los litigantes deben mantener la palabra y la no petición de la reincidencia por la fiscalía fue hablado en privado ya que la declaración de reincidencia configura una situación muy grave para los internos que no pueden acceder a los beneficios.

Para rechazar el planteo de inconstitucionalidad incoado por su parte, el Tribunal sostuvo en base al precedente Arévalo de la Corte Suprema de la Nación que el artículo 50 no vulneraba el principio de culpabilidad y el principio de non bis in ídem. Dijo que la respuesta que dio el Tribunal de Juicio no constituye una decisión razonada ya que el precedente Arévalo fue tramitado como una queja y se hizo una referencia en el voto del Dr. Petracchi a la causa Gramajo que tenía vinculación con el artículo 52 del código Penal, y la simple remisión a un fallo implica una deficiencia de fundamentación.

Asimismo considera que el artículo 50 del Código Penal es inconstitucional debido a que lo que debe evaluarse en la individualización de la pena es la mayor o menor culpabilidad del imputado, y ello es un tema excluyente y exclusivo del poder judicial. En este caso la declaración de reincidencia presupone que la persona que comete un delito luego de haber cumplido una pena lo hace por no haber podido internalizar la ley penal, y en realidad las cuestiones internas de las personas a la luz del artículo 19 del código penal no pueden establecerse de antemano, mas cuando el motivo que lleva a una persona a delinquir no tiene que ver con una imposibilidad de internalizar la ley, ya que ello lesiona el non bis in ídem, y lleva a un derecho penal de autor juzgando lo que la persona es y no lo que la persona hace. El Tribunal de juicio dice que Barría no ha podido incorporar la norma, que tuvo oportunidades y volvió a delinquir y hay una cuestión de prevención especial que hay que hacer valer. Lo cierto es que la declaración de reincidencia en el caso concreto sanciona en forma negativa el delito de evasión evaluando negativamente hechos anteriores, violando el non bis in ídem, por lo que solicita que se efectuó un control de constitucionalidad del artículo 50 del código penal,

debiendo ser declarado inconstitucional dejando sin efecto la declaración de reincidencia.

Como agravio subsidiario y en caso que se entienda que el artículo 50 es constitucional, entiende que no debe aplicarse al caso de su asistido ya que el imputado debía encontrarse transitando el periodo de prueba o en libertad condicional y el tribunal resuelve que habiendo cumplido parcialmente la pena, debía aplicarse la reincidencia, y para ello el Tribunal desoyó los argumentos de su parte. Hubo una errónea aplicación del artículo 50 del código penal, toda vez que el sistema jurídico es uno solo y la finalidad de la pena es la reinserción social y la ley de ejecución prevé fases que debe transitar el interno en su marco de progresividad, por lo que para que se pueda hablar de cumplimiento parcial, el interno debe encontrarse en condiciones de autogobernarse. Por ende, para que haya una mayor culpabilidad o probabilidad de reproche en el caso concreto, la persona debió haber tenido la aptitud de internalizar la norma penal y ello surge del tratamiento carcelario y de las normas que regulan la ejecución, que establece que en el periodo de prueba la persona es evaluada y está en condiciones de comenzar a autogobernarse, o sea que se le han dado las herramientas para poder motivarse negativamente en la norma. En el caso

de Barría, y eso fue reconocido por la fiscal en la audiencia anterior, su asistido estaba cumpliendo pena, pero no se encontraba en el periodo de prueba, y no había recibido tratamiento. Entonces, en este caso, el fundamento constitucional desde la teoría del delito se cae, ya que si el imputado no se pudo motivar en la norma habiendo estado privado de libertad, pero no obstante no recibió tratamiento y no se encontraba en periodo de prueba, el artículo 50 no podría aplicarse al caso. Por ello entiende que no corresponde la aplicación de la reincidencia al caso concreto.

En función a lo expuesto, peticona que se declare inconstitucional el artículo 50 del Código Penal y subsidiariamente que no se aplique al caso. Finalmente hace expresa reserva del caso federal.

D.- A su turno, la Fiscalía mencionó que no objetaba la admisibilidad formal de la impugnación y sostuvo que la defensa en el fondo de su planteo reedita las cuestiones planteadas ante el tribunal impugnado.

En relación al agravio sobre la buena fe de las partes, el defensor se refiere a un intercambio de WhatsApp y en esas comunicaciones no surge el tema de la reincidencia, solo se habla de la pena. No fue parte del acuerdo la declaración de reincidencia. Y no obstante que

hubiesen acordado que no iban a pedir la declaración de reincidencia, la jueza tiene el control de legalidad como hizo en el caso la Dra. Barbé.

Sobre el planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 la sentencia habla de la cautela para declararla, debiendo agotar todas las interpretaciones posibles, y solo debe operar cuando no hay otra posibilidad interpretativa. Por otro lado la sentencia llega a la conclusión en forma motivada y fundada en el sentido que la declaración de reincidencia no repugna la letra de la constitución dando sus fundamentos desde "Gramajo", donde se tiene en cuenta que la reincidencia es válida y concluye en la mayor severidad ante la existencia de una nueva sanción y ante el desprecio por la pena que tiene, quien pese a haber sufrido una pena anterior, recae en un nuevo delito.

Refiere que en el precedente "Colombo Gabriel" la Cámara Nacional de Casación Penal sostiene que el non bis in ídem no impide la aplicación de la reincidencia a los casos de anterior condena de pena de cumplimiento efectivo. Por esas razones la sentencia no declaró la inconstitucionalidad de la reincidencia.

En el caso concreto del Sr. Barría el tribunal entendió que sí corresponde declarar la

reincidencia del condenado, citando que el condenado estaba detenido y cumpliendo una pena privativa de libertad por lo cual la aplicación del artículo 50 dispuesta por el Tribunal se encuentra ajustada de acuerdo a las constancias que poseía el tribunal y solicita se confirme en esos dos puntos.

Finalmente hizo uso de la última palabra el Sr. Defensor haciendo mención a que posee mensajes enviados por la Fiscal del caso sobre la reincidencia donde decía "me hago que me olvido de la reincidencia". Cita jurisprudencia sobre casos en los cuales la fiscalía no solicita la declaración de reincidencia y el Tribunal puede no aplicarla. Entiende que la interpretación del artículo 50 que realiza el tribunal de juicio es errónea.

La Fiscal reitera que la reincidencia no fue parte del acuerdo y el mensaje que menciona la defensa acaeció en la audiencia ante la Dra. Barbé.

El Defensor remarca que el mensaje fue previo a la audiencia y destaca la hora del mensaje y la hora de la audiencia celebrada.

El imputado hizo uso de la palabra mencionando sobre el legajo en el cual se juzgó la fuga, que llegó caminando a su casa, no rompió nada, no quiso ir a juicio contra la policía y por ello aceptó un acuerdo.

E.- Practicado sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse la Dra. LILIANA DEIUB, luego el Dr. RICHARD TRINCHERI, y, finalmente, el Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER.

Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones. I.- **¿Es formalmente admisible la impugnación interpuesta por la Fiscalía y la Defensa?**, II.- **¿Son procedentes los recursos incoados?** Y en su caso **¿Qué solución corresponde adoptar?** y, por último, III.- **¿A quién corresponde la imposición de las costas?**.

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es formalmente admisible la impugnación interpuesta por la Fiscalía y la Defensa?.

La Dra. LILIANA DEIUB, dijo:

I.- En base al orden elegido por las partes al exponer en la audiencia, se comenzará con el análisis de admisibilidad de la impugnación incoada por la fiscalía.

Cabe recordar que se observan cumplidos los recaudos temporales en la presentación, aunque la defensa cuestionó la legitimidad subjetiva de la fiscalía

para impugnar una decisión de imposición de pena, en los términos del artículo 241 inc. 3 del C.P.P.N.

En ese punto lleva razón a la Defensa, atendiendo a que en función a las prescripciones previstas en el Art. 227 del Código Procesal Penal "Las decisiones judiciales serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas en este Código". En ese camino el mentado artículo 241 de dicho Cuerpo Legal inhabilita a la Fiscalía a impugnar en el caso en análisis, toda vez que tal como sostuvo la defensa, el pedido de unificación de condenas esgrimido por la fiscalía, fue receptado en la sentencia y por ende su impugnación no encuadra en alguna de las causales que legitiman al Ministerio Público Fiscal para impugnar la sentencia en los términos del artículo 241.

No obstante ello, no es menos cierto que la Fiscalía encuadró su impugnación en el concepto de "auto procesal importante", previsto en el artículo 233 de nuestro ordenamiento procesal e intentó agregar fundamentos para sortear la admisibilidad basados en la tutela judicial efectiva de las víctimas de los delitos por los que fue oportunamente condenado Barría y que en función al error en la enunciación de las condenas que pesaban sobre él, sería beneficiado con una pena notablemente menor.

Cabe recordar que la Defensa sostuvo que los llamados "autos procesales importantes" no estaban previstos para ser esgrimidos por la fiscalía que por ende carecería de legitimación y que sólo eran exclusivos de la defensa en su función de garantizar al imputado el derecho de defensa en juicio.

En ese aspecto vale recordar que la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal no ha sido pacífica en el tema ya que en algunos precedentes se ha aceptado que "el auto procesal importante" puede ser alegado por la fiscalía y así fue resuelto en acuerdo n°19/2016, "Luchino, L.O. s/ Homicidio" y posteriormente en R.I. Nro. 15, del 15 de febrero de 2017, "JARA LUIS ORLANDO s/DCIA. EXACCIONES ILEGALES" MPFNQ LEG. 35179/2015.

Sin perjuicio de ello, también se ha dicho lo contrario, en el sentido que el auto procesal importante solo resulta oponible por la defensa (R.I. n° 83/2018, "Marcote, Alfredo s/ Dcia. Fraude a la Administración Pública", rta. el 29/06/2018; R.I. n° 77/2020, Ministerio Público Fiscal s/ Investigación Carreras de Perros (Plaza Huincul), del 12/11/2020).

Recientemente, el STJ ha sostenido en forma más categórica que "la alegación referida a que una resolución jurisdiccional configura un auto procesal

importante sólo podría ser invocada por la defensa”, R.I. N° 25 del 3 de mayo de 2021 en legajo “V....., J... M..... S/ ABUSO SEXUAL” LEG. 29385/2019.

De esta descripción se advierte que no se ha dictado una decisión unificadora de jurisprudencia en punto a si todas las partes o solo la defensa puede invocar el concepto de auto procesal importante en función a que ello permitiría dotar de seguridad jurídica a las partes.

Sin perjuicio de ello y en función a lo alegado por la Fiscalía en relación a la errónea información involuntariamente proporcionada al Tribunal, se advierte la existencia de un agravio constitucional en los términos previstos por el art.229 CPPN, lo que habilita a este Tribunal a apartarse excepcionalmente de las previsiones procesales sobre la taxatividad recursiva y la irrecurribilidad previstas en nuestro orden procesal.

En función a ello y en virtud a encontrarse cuestionada la correcta aplicación del artículo 58 del Código penal en lo relativo a la unificación de condenas y el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, es que debe declararse formalmente admisible la impugnación incoada por la Fiscalía.

II.- Con respecto a la impugnación incoada por la Defensa, se advierte que la misma fue

efectuado por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnada desde el plano objetivo, por lo que considero que debe declararse la admisibilidad formal de dicha impugnación, adunado a que la parte acusadora no objetó la admisibilidad formal de la vía elegida en virtud a tratarse de una sentencia de cesura (cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P. N.).-

El **Dr. RICHARD TRINCHERI**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la Jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

El **Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER**, manifestó: voto esta primera cuestión en igual sentido que la colega preopinante, por compartir sus fundamentos.-

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Son procedentes los recursos incoados? Y en tal caso ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. LILIANA DEIUB**, dijo:

Que en base al orden impuesto al comienzo, cabe analizar en primer término la impugnación formulada por la fiscalía.

En tal sentido vale recordar que dicho Ministerio propició la nulidad parcial del decisorio atacado, circunscribiéndolo solo al punto III en el que se dispuso "Unificar las dos condenas que pesan sobre Barría

Iván Yarid, la primera de ellas respecto del legajo N° 21587 en que fuera condenado por el delito de "robo a mano armada" a la pena de nueve (9) años y seis (6) meses de prisión, unificando con el presente N° legajo 40982 donde se le aplican siete (7) meses por el delito de "evasión" y se compone la pena única en nueve (9) años y once (11) meses de prisión de cumplimiento efectivo".

Los argumentos esgrimidos por la fiscalía residen en la errónea información proporcionada por la fiscal actuante en la audiencia en la que se dispuso la mentada unificación y que concluyó con una errónea sentencia de unificación que no tuvo en cuenta la sentencia dictada en el legajo 21587/2016, en que con fecha 28 de abril de 2017 se declaró a Barría penalmente responsable de los delitos de Robo calificado por el uso de arma cuya aptitud no pudo acreditarse en concurso real con amenazas simples en concurso real con lesiones leves agravadas por ser la víctima un funcionario público (arts. 166 Inc. 2 último apartado, 149 bis, 89, en función del 92 y 80 Inc. 8, 55 y 45 del CP), ocasión en que se le impuso la pena de 4 años de efectivo cumplimiento, y se procedió a la unificación con la recaída en legajo 19468/2015 en una pena única de 12 años de prisión de efectivo cumplimiento.

En este aspecto no cabe duda alguna acerca de que la sentencia impugnada no contempla la última unificación de condenas en la pena de doce años de prisión, y esto fue reconocido por la defensa, con algunos matices.

La defensa reconoció la existencia de un cómputo incluso solicitado por su parte en marzo del corriente año que concluía en la pena de doce años de prisión para su asistido, y si bien argumentó que los cómputos de pena no implican un acto jurisdiccional, no es menos cierto que ese cómputo fue consecuencia de sentencias anteriores unificadas, por lo que el argumento del carácter no jurisdiccional del cómputo no resulta atendible.

Por otro lado, el Defensor sostuvo que el monto solicitado por la Fiscalía en la audiencia cuya sentencia se impugna tenía que ver con una composición de penas, argumento que no resiste mayor análisis, debido a que en el caso particular se omitió contemplar la pena de doce años, que correspondía a una sentencia firme y consentida, razón por la cual ese monto de doce años no podía ser disminuido y sí efectuarse una composición al unificar esta condena con las posteriores que pesan sobre Barría.

En función a ello, se impone hacer lugar a la procedencia del agravio formulado por la fiscalía y

declarar la nulidad de la sentencia unificatoria recurrida, atendiendo a la expresa presencia del vicio del acto procesal defectuoso. Esta solución reposa en las circunstancias y antecedentes del caso y en la necesidad de reordenar el proceso, y en la inteligencia que se encuentran involucradas circunstancias que afectan el orden público, en virtud a que se advierte un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta que obsta a la tutela judicial efectiva y que por ende no puede ser convalidado.

En este sentido, y tal como se reseñó al comienzo, nos encontramos en presencia de un vicio que violenta la tutela judicial efectiva de las víctimas en virtud a que los hechos por los cuales resultaron ofendidos, se encuentran volcados en sentencias que se encontraban firmes y consentidas y no fueron consideradas al efectuar la unificación de penas.

Por ello y con la salvedad que el Tribunal interviniente dictó una decisión nula en función a la información errónea aportada por la Fiscalía, corresponde así declararlo y en virtud a lo previsto en el artículo 98 del C.P.P.N., establecer sus alcances a la totalidad de la decisión, toda vez que la solicitud fiscal acotada a un punto del decisorio deviene injustificada y por otro lado no resulta apropiado escindir la cuestión de

la reincidencia, lo que garantiza a la defensa impugnante una nueva oportunidad de discusión del tema y como consecuencia de ello, la posibilidad de revisar esa posible nueva decisión.

Por ello, propicio disponer la nulidad total de la sentencia impugnada y el consecuente reenvío para que con una nueva integración se lleve a cabo la unificación de penas pertinente (art. 247 del C.P.P.N.).

En función a la nulidad dispuesta el tratamiento del recurso de la defensa, deviene en abstracto.

Mi voto.

El **Dr. RICHARD TRINCHERI**, expresó:
Compartir las razones y definición dadas por la Sr. Vocal preopinante a esta cuestión.

El **Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER**, manifestó: Adherir plenamente a los argumentos expuestos por los colegas que me anteceden en la votación.

TERCERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. LILIANA DEIUB**, dijo:

En función a la nulidad propuesta a cuya declaración contribuyeron ambas partes, entiendo que las

costas deben ser soportadas en el orden causado (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. RICHARD TRINCHERI**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. FEDERICO AUGUSTO SOMMER**, expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

Conteste con las posturas enarboladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACION ORDINARIA de sentencia deducida por la Fiscalía (arts. 229 del C.P.P.N.).-

II.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACION ORDINARIA de sentencia deducida por la Defensa (arts. 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

III.- HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por la Fiscalía y, en su consecuencia, **DECLARAR la NULIDAD** de la sentencia dictada el día 23 de Junio del año 2021 en todas sus partes en la cual se resolvió 1. Rechazar la excusación efectuada por la Dra. Barbé. (art. 40, 41 del CPP) 2. Rechazar la solicitud de la

defensa respecto de la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del C.P. y art. 14 del C.P. 3. Unificar las dos condenas que pesan sobre Barría Iván Yarid, la primera de ellas respecto del legajo N° 21587 en que fuera condenado por el delito de "robo a mano armada" a la pena de nueve (9) años y seis (6) meses de prisión, unificando con el legajo 40982 donde se le aplican siete (7) meses por el delito de "evasión" y se compone la pena única en nueve (9) años y once (11) meses de prisión de cumplimiento efectivo. 4. Dictar la primer reincidencia de Barría Iván Yarid, art. 50 del Código Penal. 5. Efectuar nuevo cómputo de pena que deberá ser informado a Barría Iván Yarid como así también a su Defensor.

IV.- ORDENAR EL REENVÍO del presente caso para la realización una nueva unificación (art. 247 del C.P.P.N.).

V.- Tener presente la reserva de recurso ordinario y extraordinario, local y federal efectuada por el Sr. Defensor.

VI.- IMPONER LAS COSTAS PROCESALES por el trámite derivado de la impugnación ordinaria de la sentencia en el orden causado (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

VII.- Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación para su registración y notificaciones pertinentes.-

Reg. Sentencia Nro. 32 Año 2021.-