

**Causa n° 28867/III**

**"M.D.H. S/ UNIFICACIÓN DE PENA"**

San Isidro, 22 de mayo de 2014

**AUTOS Y VISTOS:**

Para resolver el pedido de unificación de penas formulado a fs. 233.

Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Jueces Gustavo Adrián Herbel, Carlos Fabián Blanco y, para el caso de disidencia, Celia Margarita Vázquez (Conf. art. 440 del C.P.P. y acuerdo ordinario N° 1786).

**CONSIDERANDO**

**El Juez Herbel dijo:**

I.- La fiscal actuante solicitó se unifiquen las condenas de D. H. M. dictadas en esta causa - donde resultara condenado a siete años de prisión por ser autor del delito de homicidio - y en la causa 44.063 del registro del Tribunal en lo Criminal N° 2 departamental - en la que resultara condenado a seis años y ocho meses de prisión por ser autor de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego apta y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real.

A esos efectos, solicitó se utilice "el método aritmético", se tengan en cuenta las valoraciones de atenuantes y agravantes efectuadas en las sentencias mencionadas y, en definitiva, se condene a M. a la pena única de trece (13) años y ocho (8) meses de prisión, más las accesorias legales y costas del proceso.

II.- El defensor oficial, a su turno, a fs. 238/240 se expresó de acuerdo con la unificación pero solicitó que la pena única sea de siete años de prisión.

Para así proponer, señaló que resultan aplicables los arts. 55 y 58 del C.P., que siete años de prisión es el mínimo mayor de las escalas aplicables y que debe utilizarse el "sistema de aspersion o composición", que consiste, al decir de Zaffaroni, "en seleccionar entre las escalas penales correspondientes a cada una de los delitos la que tenga el mínimo mayor, y luego asperjarla hasta agravarla adecuadamente [...]. Esta es la exacta descripción del sistema que adopta el código vigente [...], pese a que tradicionalmente ha

sido denominado principio de la acumulación jurídica por parte de la doctrina nacional, siguiendo a la italiana, lo que da lugar a confusiones [...]”.

Agrega que la SCBA dijo: “La pena única en el concurso real no se determina por cálculos mentales matemáticos, sino valorando razonablemente todas las circunstancias del hecho y del autor, teniendo en cuenta las normas legales de los artículos 40 y 41 del C.P. (SCBA, 28/8/1990. LL 1991-B-53).

Prosigue señalando que en la petición fiscal no se ha hecho ponderación alguna acerca de las consideraciones preventivo-especiales previstas en el art. 4 de la ley 22278. Por ello, su pedido de que se imponga a M. *“el máximo de pena única posible carece de motivación suficiente en infracción con el art. 56 tercer párrafo del C.P.P., por lo que la solicitud fiscal debe ser rechazada”*.

Resalta, por último, la circunstancia de que M. fuera menor de edad al momento del primero de los hechos aquí analizados. Señala al respecto que esa circunstancia *“es una atenuante que implicaría la determinación de la pena mínima”* y que determina la aplicación del *principio de mínima intervención consagrado en el art. 33 de la 22.278*.

**III.A.-** El 21 de noviembre de 2008 M. fue hallado por esta sala autor culpable del siguiente hecho de homicidio, teniendo 17 años de edad al momento de cometerlo:

*“[E] l día 9 de octubre de 2005, siendo aproximadamente las 04.50 horas, en la intersección de las calles Triunvirato y Urquiza de la localidad de General Pacheco, partido de Tigre, se encontraba un grupo de personas entre cuyos integrantes se hallaba el imputado menor de dieciocho años de edad identificado como D. H. M. y otro actualmente prófugo [...], y en circunstancias en que Rolando Maturana Torres [...]se dirigía para su hogar pasando por el lugar antes citado, fue interceptado por lo menos por tres personas de ese grupo [...], los que lo atacaron y agredieron mediante golpes en distintas partes del cuerpo, asestándole un integrante del mismo tres puntazos con arma blanca, dos en el tórax [...] que le provocaron dos lesiones punzo cortantes [...] y una tercera lesión punzo cortante en el muslo izquierdo [...], provocando ellas que la víctima Maturana Torres luego de efectuar un corto trayecto cayera al piso, siendo perseguido por D. H. M., quien se acercó y le arrojó en la cara un adoquín o piedra que tenía en sus manos para dejarlo totalmente inmovilizado; que las lesiones descriptas precedentemente causaron el óbito de la víctima de autos”*. (Conf. fs. 179/203).

No se hallaron eximentes de pena ni atenuantes o agravantes de ella.

El 26 de agosto de 2010 se impuso a M. por dicho delito la **pena** de siete años de prisión (Conf. fs. 205/211), la cual, por vencer **el 3 de enero de 2015** (Conf. cómputo de fs. 71/vta.), se encuentra aun en etapa de ejecución.

Para decidir dicha pena, en síntesis se dijo que no debía eximirse de ella a M. atento a la neutra “impresión” causada durante las audiencias (art. 4, anteúltimo párr. de la ley 22.278) y, especialmente, a su comportamiento desde la comisión del hecho hasta el momento en que ella debía ser decidida: además de la condena penal no firme que M. registraba por dos graves delitos cometidos como mayor (se trata de la condena que ahora toca unificar con la presente), el tratamiento tutelar llevado a cabo había tenido un resultado regular, con altos y bajos. En efecto, en su vida intramuros M. inició estudios formales y de capacitación laboral, desempeñó diversos trabajos y su conducta dentro del penal fue calificada en un momento como “ejemplar 9”; incluso en un momento también se advirtió un estado de ánimo estable y predispuesto. Sin embargo, luego se suspendió el tratamiento psicológico que venía cursando por “*ausencia real de demanda*” y se lo evaluó a M. como una persona de discurso “*heroico y jocoso*”, sin “*reflexión*” ni “*interés*” y con “*escaso o nulo [sentido de] responsabilidad*”, no surgiendo “*aspectos que deban ser relevados como positivos en su situación actual*”. Se lo describió asimismo como una persona que “*ha participado en distintos actos de indisciplina a lo largo de su vida carcelaria*” (incluyendo problemas de convivencia con otros internos en el penal), lo que explicaría la evolución de su conducta dentro del SPB: 5, 7 y 8 durante los tres últimos trimestres de 2008; de 9, 7,4, 6 y 7 durante 2009 y de 4 el primer trimestre de 2010 (todo sobre una escala máxima de 10). Luego se evaluó como “favorable” su evolución, aunque se destacó como desfavorable la ausencia de interés por insertarse en los dispositivos asistenciales que ofrecía la institución. Se observaron, pues, períodos de progreso en su tratamiento, pero también, períodos de retroceso.

También se dijo en la referida sentencia que, si bien no se apreciaban razones para eximirlo de ella, tampoco se apreciaban razones para afirmar *la insuficiencia* de una sanción *por encima de la escala penal correspondiente a la tentativa*, de posible aplicación a menores aun cuando el delito en cuestión se haya consumado, como ocurre en el presente caso (art. 4, anteúltimo párrafo, *in fine*, de la ley 22.278). Para ello se tuvo especialmente en cuenta el “*interés superior del niño*” (art. 3 de la CDN) y que la pena de prisión “*se utilizará tan sólo como medida de último recurso y por el período más breve*

que proceda” (inc. b del art. 37 de la CDN), reglas estas que, junto a otras, fueron esgrimidas por la C.S.J.N. como fundamento en el fallo “Maldonado” de su afirmación de que *“la reacción punitiva estatal [respecto de delitos cometidos por niños] debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”*.

La escala penal correspondiente a la tentativa de homicidio simple (art. 79 del C.P.) va de *cuatro años a dieciséis años y ocho meses* de prisión (Conf. arts. 42 y 79 del C.P.). La pena concreta del caso debía ubicarse, entonces, entre ese mínimo y el máximo de *ocho años de prisión*, que fue la pena aceptada por las partes al celebrar el acuerdo de juicio abreviado y que, por tanto, operaba como tope a la jurisdicción (art. 399 del C.P.P.).

Se dijo también que M. cometió el homicidio teniendo aproximadamente diecisiete años y cinco meses de edad, es decir, encontrándose bastante más cerca de la edad de punibilidad plena (18 años) que de la edad de inimputabilidad (menos de 16 años). Esta circunstancia, se estimó, era una razón plausible *para ingresar a la escala penal aplicable en un punto más cercano a su máximo (8 años) que a su mínimo (4 años)*.

**III.B.-** El 30 de marzo de 2010, por otra parte, M. fue condenado por los siguientes hechos de robo con arma de fuego apta y portación ilegal de arma de fuego de uso civil:

*“El día 29 de diciembre de 2007 a las 19.30 horas aproximadamente, M. y Muro sustrajeron del interior del comercio de rubro despensa ubicado en avenida Rocha 988 de la ciudad y partido de Tigre, Pcia. de Buenos Aires, la suma aproximada de \$250, tres paquetes de cigarrillos [...] [y cuatro botellas de alcohol], para lo cual M. intimidó a los propietarios y empleados exhibiendo un arma de fuego que poseía en la cintura de tipo revólver, refiriendo: “yo soy el Chami, tengo HIV, salí del penal hace poco, yo ya estoy jugado, dame toda la plata”, mientras Muro se colocaba en la puerta del comercio en posición de vigía. Ambos fueron aprehendidos entre las arterias Pereyra y Solís de Tigre, mientras pretendían fugar, incautándose en poder de los nombrados [todo lo sustraído menos el dinero], también incautándose [...] un revolver calibre 32 mm del que se descartara uno de ellos”* (Conf. fs. 219/222 y su confirmación correspondiente de fs. 226/230. Causa 12.422 del registro del TOC 2 Deptal.).

En la instancia se impuso la pena de siete (7) años y dos (2) meses de prisión, pero la alzada la redujo a seis (6) años y ocho (8) meses, tras valorar dos nuevas atenuantes.

Como atenuantes de la pena se tuvieron en cuenta la carencia de condenas previas (como mayor) y – agregadas por la alzada - el recupero de lo desapoderado y la

menor peligrosidad que reveló el comportamiento posterior al delito al haberse abandonado el arma voluntariamente

No se valoraron agravantes.

**III.C.-** La unificación es procedente, dado que nos hallamos ante dos penas que se están ejecutando (art. 58, párr. 1º, 2º supuesto, del C.P.).

Y es esta Sala quien, dada las circunstancias actuales, debe llevarla a cabo.

Era el Tribunal en lo Criminal Nº 2 quien debía unificar al momento de dictar su sentencia. El citado art. 58 no exige que la unificación se haga *recién* cuando las sentencias se encuentren firmes; establece que ella debe hacerse en la oportunidad “de juzgar” a la persona que esté cumpliendo pena, como en el caso, por otro hecho distinto (se trata del llamado “primer supuesto” del referido artículo).

Al respecto, correctamente se ha dicho: “*La unificación de las condenas y de las penas debe hacerla el tribunal que pronuncia la última sentencia*” (E. Raúl Zaffaroni y otros, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As. segunda edición, junio 2002, pág. 1024, parágrafo 1).

Ahora bien, incumplida esa normativa, es esta sala la que debe unificar, pues la parte del art. 58 que regula la manera de unificar sentencias “firmes” (dictadas en violación a las reglas del concurso) establece que esto corresponde al que haya aplicado la pena mayor.

**III.D.-** El juez que debe unificar dictando pena única tiene ante sí dos o más hechos en concurso real, juzgados en distintas sentencias. El método legalmente prescripto por el art. 58 del C.P. no consiste en sumar lisa y llanamente la penas impuestas oportunamente (aunque mediante él puede llegarse al mismo resultado) sino en aplicar las “reglas precedentes” (es decir, las previstas en los arts. 54, 55, 56 y 57 del C.P.), entre las que se halla la que establece la escala penal aplicable a los casos de concurso real (del mínimo mayor a la suma de los máximos de los delitos en trato) y la que obliga a “*no alterar las declaraciones de hechos*”, que tiene relevancia en materia de atenuantes y agravantes (Conf. causa 24.909/III, “Peñaflor”, Rta. 28/06/2011, entre otras)

Así, teniendo en cuenta las calificaciones de los delitos en trato, la reducción de la escala respecto del primero de ellos en atención a la *menor edad* del autor (Conf. art. 4 de la ley 22278) y al tope de ocho años de prisión aceptado por las partes al acordar el juicio abreviado, y las reglas del concurso real, la escala penal que en este acto resulta

aplicable va de seis (6) años y ocho (8) meses de prisión a treinta y dos (32) años de prisión (Conf. arts. 55, 79 en función del 42, 166 inc. 2º párr. 2 y 189 ap. 2º, párr. 3º, del C.P. y 399 del C.P.P.).

La situación de existir atenuantes y ninguna agravante no determina, por sí sola, que deba necesariamente imponerse el mínimo de la escala aplicable, ya que no hay norma en nuestro ordenamiento jurídico que así lo imponga (Conf. ha dicho esta sala en causas 24.050, 24.052, 25.207, 26100 y 28.681/III, entre otras). En esta misma causa, por lo pronto, se dijo que, dado que M. cometió el homicidio encontrándose bastante más cerca de la edad de punibilidad plena que de la edad de inimputabilidad, resultaba plausible ingresar a la escala penal aplicable en un punto más cercano a su máximo (8 años) que a su mínimo (4 años).

En el mismo sentido se ha expresado reiteradamente nuestro máximo tribunal provincial: *“La inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implican de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal”*. (SCBA, P 65320 S 17-10-2001; P 66728 S 29-5-2002; P 71085 S 30-4-2003; P 62632 S 23-4-2003; P 79708 S 18-6-2003; P 61510 S 24-8-2005; P 78422 S 6-6-2007; P 95068 S 13-2-2008; P 82819 S 3-6-2009; y P 102136 S 14-4-2010). Dijo también: *“no existe legalmente un “punto de ingreso” fijo a la escala penal”* (SCBA, P 79708 S 18-6-2003 y P 95068 S 13-2-2008).

Por lo expuesto, entiendo razonable una pena única de doce (12) años y seis (6) meses de prisión, más las accesorias legales costas).

Esta propuesta no implica desconocer la circunstancia de que el primero de los hechos fue cometido por M. siendo menor de edad. Nótese que la escala penal aplicable se ha formado a partir de la escala reducida según el art. 42 del C.P., tal como lo permite el art. 4 de la ley 22278 (con el tope de 8 años de prisión dada la pena acorada por las partes para el juicio abreviado). Sin estas restricciones la escala sería de ocho (8) años a cuarenta y nueve (49) años de prisión (siendo su semisuma la de 28 años y 6 meses de prisión).

No se contradice, por otra parte, el método cuya aplicación solicita la defensa, a saber, el “sistema de aspersion”, que consistiría “en seleccionar entre las escalas penales correspondientes a cada uno de los delitos la que tenga el mínimo mayor, y luego asperjarla hasta agravarla adecuadamente”. Como se ve, mediante este método la pena

no coincide necesariamente con el mínimo sino que debe ser “asperjada hasta agravarla adecuadamente” (“Asperjar” significa “esparcir en menudas gotas un líquido”, Conf. DRAE, 22da. edición).

Es mi voto (arts. 41, 79 en función del 42, 55, 58, 166 inc. 2º párr. 2 y 189 ap. 2º, párr. 3º, del C.P.; 399 del C.P.P.; 4 de la ley 22278 y 3 y 37 inc. b de la C.D.N.).

**El Juez Blanco dijo:**

Adhiero al voto del colega preopinante, por los mismos fundamentos (arts. 168 de la Const. Prov. y 106 del C.P.P.).

Por lo que no siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando la Sala la siguiente

**S E N T E N C I A**

**UNIFICAR en doce (12) años y seis (6) meses de prisión**, más las accesorias legales y costas, las penas dictadas contra D. H. M. – titular del DNI....., nacido el 12 de marzo de 1992 en San Fernando - **por 1)** esta Sala Tercera en esta misma causa 24.052/III (IPP 34.984), donde M. fue condenado a la pena de siete años de prisión por ser coautor del delito de homicidio cometido el 9 de octubre de 2005 en la localidad de general pacheco, partido de Tigre, en perjuicio de *Rolando Maturana*; y **2)** por el Tribunal en lo Criminal Nº 2 departamental en causa 12.422 (IPP 05.4713.12), donde M. fue condenado a la pena de seis años y ocho meses de prisión por ser coautor de los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real, cometidos el 29 de diciembre de 2007 en la ciudad y partido de Tigre, en perjuicio de los propietarios y empleados de la despensa sita en avenida Rocha 988 de la referida ciudad. Por las razones expuestas en los considerandos (arts. 41, 79 en función del 42, 55, 58, 166 inc. 2º párr. 2 y 189 ap. 2º, párr. 3º, del C.P.; 399 del C.P.P.; 4 de la ley 22278 y 3 y 37 inc. b de la C.D.N.).

Regístrese, notifíquese a Fiscalía, a la Defensa Oficial y al imputado y comuníquese lo resuelto al Juzgado de Garantías del Joven Nº 1 de Pilar y al Juzgado de Ejecución Nº 2 departamental. Firme que sea, practíquese cómputo de pena.

**FDO.: GUSTAVO A. HERBEL – CARLOS F. BLANCO**

**Ante mí: GABRIELA GAMULIN**