

## Declaracion De Reincidencia Art 471 DelCodigo Procesal Penal De La Nacion

### JURISPRUDENCIA

### Declaración de reincidencia. Art. 471 del Código Procesal Penal de

la Nación

Se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto dejándose sin efecto la declaración de reincidencia del imputado (art. 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

En la ciudad de Buenos Aires, a los once días del mes de septiembre de 2015, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Pablo Jantus y Mario Magariños, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 676/698, en este proceso n° CCC 56449/2013/TO1/CNC2, ?N., B. O. s/ homicidio simple en grado de tentativa?, del que RESULTA: I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 27 de esta ciudad, con fecha 3 de febrero del año en curso, resolvió -en lo pertinente- CONDENAR a B. O. N.a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, por ser considerado autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa en perjuicio de J. N. R. (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 44 y 79 del C.P., y 530 y 531 del C.P.P.N.), e imponerle LA PENA ÚNICA DE ONCE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, comprensiva de la pena recaída en estas actuaciones y la de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas que le fuera impuesta el 25 de noviembre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de San Isidro (art. 58 del C.P.). Asimismo y luego de correr vista a las partes, el 27 de marzo del mismo año, el aludido órgano colegiado declaró REINCIDENTE a B. O. N., por considerar que su situación encuadraba dentro de lo normado en el art. 50 del Código Penal. II. Contra la sentencia condenatoria la defensa pública interpuso recurso de casación (fs. 705/718), procediendo de igual modo contra la posterior declaración de reincidencia (fs. 844/856) -en la que también petitionó la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 del CP-. Ambos remedios procesales fueron concedidos a fs. 863/865 por el tribunal de juicio. III. Con fecha 8 de junio del corriente se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgarle a sendos recursos el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación. El 25 de junio pasado la defensa amplió los fundamentos del recurso originario, formuló reserva del caso federal y adjuntó documentación relacionada al caso (fs. 956/970). IV. El 11 de agosto del corriente año, se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4° párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, a la que compareció la señora defensora oficial María Florencia Hegglin y de lo cual se dejó constancia en el expediente. En esa oportunidad, la defensa reiteró sustancialmente los agravios introducidos en ambos recursos. V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer. Y CONSIDERANDO: El juez Luis Fernando Niño dijo: I. Tal y como se consignó en el epígrafe, el tribunal oral condenó a B. O. N. por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa. Para así resolver, tuvo por acreditado que el 13 de octubre de 2013, en horas de la noche, en la intersección de las calles Godoy Cruz y El Salvador, B. O. N. intentó dar muerte a J. N. R. mediante un elemento de hierro o madera con punta, con el cual en primer término lo golpeó en la cabeza, provocándole un corte en el cuero cabelludo, para luego clavárselo en la parte izquierda del tórax, causándole una herida penetrante en el pulmón, por la que debió ser hospitalizado en el Hospital Fernández. II. La parte recurrente articuló diversas impugnaciones a la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal, que es dable sistematizar en tres apartados, referidos a la materialidad y encuadre jurídico de los hechos investigados, a la consecuencia jurídica eventualmente aplicable al caso y a la declaración de reincidencia que discurriría de una hipotética condena, en ese orden. Pasaré, entonces, a dar tratamiento al primero de ellos. Con cita en precedente ?Casal, Matías Eugenio? de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 328:3399) y bajo los alcances del artículo 8.2 ?h? de la CADH, la defensa pretendió de esta cámara una revisión amplia tanto de los hechos, como del derecho, fijados por los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal N° 27 al dictar la sentencia de condena. En ese contexto solicitó la nulidad del fallo, encauzando sus agravios por vía del art. 456 inc. 2° del CPPN al considerar que el tribunal a quo violó -por falta de fundamentación- el mandato establecido en el artículo 404 inc. 2° de ese cuerpo de normas. Se agravió, centralmente, de que la sentencia realizó una arbitraria valoración de la prueba respecto del suceso que finalmente se acreditó, descartándose, consecuentemente, la versión narrada por su asistido que contextualizaba su obrar en un marco de justificación configurado por la legítima defensa propia; luego, y ya de modo subsidiario, indicó que: la calificación legal se construyó también adoleciendo de ese mismo vicio nulificante, que no se valoraron cuestiones fundamentales que hubieran derivado en la imposición del mínimo legal por el delito que resultó condenado y que debió revocarse la vista conferida al Ministerio Público Fiscal para que se expidiera respecto de la aplicación del art. 50 del CP, en tanto tal intervención del órgano judicial resultó contraria con los fines acusatorios del proceso penal. Corresponde pasar a examinar, entonces, si el a quo cumplió con las normas que rigen la valoración probatoria del hecho

que ese órgano colegiado consideró acreditado como base de la sustentación de la condena aplicada a B. E. N. y, consecuentemente, dar tratamiento a los agravios introducidos por la defensa en el recurso de casación interpuesto. Con respecto al primer motivo señalado por la defensa -la arbitraria valoración de la prueba rendida en el debate-, la parte destacó que no existen constancias en la causa que indiquen, fehacientemente, que el acusado haya producido la lesión en el pecho del denunciante, sin perjuicio de que aquél admitió haberse defendido con el elemento que le arrebató a su agresor en el contexto de una pelea que, a su vez, precisó, no había iniciado. Agregó que no figuran en la causa testimonios imparciales que den cuenta de la autoría de aquella lesión, ni prueba objetiva que la avalen, como así tampoco elementos que arrojen certeza del modo en cómo se produjo la herida en el pecho del denunciante; y que, aun suponiendo que la lesión fue producto de un enfrentamiento entre N. R. y B. N. -tal y como lo señaló en su alegato-, su defendido se limitó a repeler una agresión de la que fue extraño y de la que participaron R. y A. . En definitiva, señaló que su asistido actuó amparado en la causal de justificación regulada en el art. 34 inc. 6° del Código Penal. Para sostener esta posición, la defensa apeló al testimonio de M. G. G., el cual -a su entender- estableció que había ocurrido un enfrentamiento entre A. personas, en el que participaron R. y N. , y a los dichos de L. D., los que resultaron -a su criterio- coincidentes con los de García, por cuanto vio a tres sujetos que se peleaban, más precisamente, dos que agredían a uno, pudiendo observar que el individuo en desventaja no era otro más que N. . Con esos elementos de prueba -razonó la defensa- encontró aval la versión de los hechos ensayada por su defendido, los que no fueron tenidos en cuenta por parte del tribunal, al punto que parcializó la declaración de García con el propósito de acreditar la utilización de un palo con punta para agredir a R. y no valoró, correctamente, el contexto en el que se sucedió la pelea. Afirmó que también se descartó de modo arbitrario lo manifestado por D., en cuanto a que R. y A. se encontraban agrediendo a su defendido y los dichos de este último, quien aceptó haber golpeado a N. antes de que éste pudiera defenderse. Manifestó sobre este punto, pues, que se encontraban acreditados los elementos necesarios para asegurar que su ahijado procesal actuó en legítima defensa, en tanto su accionar se limitó a repeler un ataque, empleando para ello un medio racional, sobre todo si se tiene en cuenta que no se pudo constatar si el elemento contundente, utilizado en el ataque y sucesiva defensa, se trató de un hierro o un palo y que sus agresores lo doblaban en número. Luego, en lo que refiere a la falta de provocación como requisito del mencionado instituto, indicó que los dichos de F. A. son prueba clara y suficiente para dar por cierto que su defendido no provocó la agresión de la que tuvo que defenderse. Sobre el tópico en cuestión, agregó que tampoco encontró motivos por los cuales el tribunal hubo de fraccionar arbitrariamente la pelea entre N. , R. y A. , para acto seguido descartar la legítima de defensa de su defendido. Continuó diciendo que no halló explicación de cómo razonó el a quo para adjudicarle pleno valor probatorio a los dichos del damnificado, quien negó la existencia de una riña, cuando, el propio A. reconoció la existencia de tal episodio, al punto que aportó, como dato adicional, que le había pegado el primer golpe a N. . Finalizó diciendo, sobre este punto, que su defendido debe ser absuelto al haber actuado en legítima defensa, solución que debe mantenerse aun dudando acerca de cómo se desarrolló la pelea, en función de los distintos y contradictorios testimonios escuchados en el marco del juicio. Subsidiariamente, para el caso de que no se haga lugar a lo pretendido y se concluya que la respuesta de N. al ataque fue irracional o atemporal, alegó un supuesto de exceso en la configuración del instituto, debiendo responder su asistido conforme lo normado en el art. 35 del código sustantivo. III. Al contrario de lo sostenido por la recurrente, adelanto mi criterio en punto a que el tribunal de juicio valoró correctamente las diversas pruebas que demuestran la autoría de N. en la producción de las lesiones sufridas por R. y que, a su vez, descartan la causal de justificación que se pretende aplicar, por lo que, entiendo se logró alcanzar el grado de convicción necesario para tener por acreditado el hecho, tal y como fue descrito en la sentencia que se impugna. Para construir dicha pieza procesal se escuchó en el debate al imputado -quien brindó su versión de los acontecimientos-, al damnificado, a su padre, a los vecinos del barrio -Sra. M. G. G. y a L. D.-, a F. D. A. y a T. A. T.. Luego, se incorporaron por lectura diversas constancias, entre las cuales habré de destacar, por su relevancia, los informes médicos practicados a J. N. R. y las imágenes correspondientes a las cámaras de seguridad, aportadas por la División Apoyo Tecnológico de la PFA, obrantes a fs. 156/162. El a quo consideró relevante para la resolución del caso, en primer orden, el testimonio del damnificado, J. N. R. , quien ?relató la forma en que le fueron producidas las lesiones, identificando a N. como autor de las mismas quien utilizó un elemento con una punta de hierro en la misma, golpeándolo primero en la cabeza en una oportunidad y luego clavándose en el pecho, circunstancia ésta que lo hizo caer al piso? y agregando que ?N. se acercó a él gritándole que lo iba a matar para luego agredirlo?. Luego, se escuchó a J. O. R. , padre de N. , quien ?expresó que tomó conocimiento que su hijo estaba herido y lo trasladó al Hospital Fernández? y que éste le manifestó que ?B. le pegó un fierrazo, le dijo que lo iba a matar y se retiró?. También declaró M. G. G., quien ?expresó que llegó a observar en la vereda de la puerta de su casa una discusión entre B. que se encontraba con un amigo del barrio y N. y el C. (A. ). Este último sale corriendo del lugar seguido por el amigo de B. . Pasados unos 10 o 15 minutos aproximadamente es alertada por su hija que había una persona apoyada en la puerta de entrada de su casa pudiéndola observar a través del vidrio, y cuando abre la puerta cae N. manifestando ?me muerdo, me muerdo? lo nota ensangrentado en la cabeza

y luego observa la herida en el pecho. Si bien no pudo observar cómo se sucedieron tales hechos, como así tampoco los golpes de puño en la discusión anterior, sí aclaró que vio a B. caminar con un palo con algo cortante en la punta?. Y F. D. A. , quien ?se enteró por gente del barrio que Nico había sido agredido por B. . Su amigo N. le contó que luego del incidente entre él y B. , éste entró corriendo a su casa y le dijo a Nico, [ahora vas a ver] y sacó un [arpón] o algo con punta?. En función de la recreación histórica lograda a partir de los aludidos testimonios y el restante material probatorio incorporado a la causa, el tribunal desechó de plano la versión exculpatória de N. . Al respecto, explicó que no resultaron creíbles sus dichos y que lo relatado por él es insostenible, ya que necesariamente debió resultar lesionado en su antebrazo luego de quebrar, con esa extremidad, el palo con el que lo habían atacado N. y F., sumado a que tampoco se vieron reflejadas en la pericia médica realizada al denunciante los múltiples golpes que aseguró asestarle a sus atacantes para lograr una defensa efectiva. También, descartó lo manifestado por la testigo L. D. por resultar incongruente con el resto del material probatorio incorporado a la causa, incluso con lo relatado por N. en su descargo. Con estos fundamentos dio por probada la autoría de B. O. N. en la producción de las lesiones sufridas por R. , constatadas a fs. 110. Ahora bien, no escapa al análisis que el hecho por el cual se condenó al encausado se fundó, en lo sustancial, en el relato efectuado por la víctima, circunstancia que no constituye obstáculo a la hora de emitir el pronunciamiento confirmatorio, habida cuenta de que aquél se encuentra acompañado por el resto de los elementos probatorios introducidos a la audiencia. En punto a esta cuestión, cabe recordar, que, como es sabido, para sostener una condena penal, el juzgador debe adquirir certeza sobre la reconstrucción histórica de un suceso. Cafferata Nores (?La prueba en el proceso penal?, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8), se refiere a este concepto de la siguiente manera: ?Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se la puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en este tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados duda, probabilidad e improbabilidad...?. En los casos en que existe un único testimonio, es útil reseñar, con el autor citado, que ?la amplia capacidad testimonial aceptada por el Código Procesal Penal (art. 241) sólo se concibe frente a la correspondiente contrapartida de una valoración rigurosa. Sobre todo, desde que se pudo verificar que además de la mendacidad deliberada, también los ?testimonios de personas insospechables, que narran con plena buena fe y con el propósito honesto de decir la verdad', pueden estar plagados de errores. Frente a la comprobada fragilidad de la prueba por testigos..., la tarea valorativa deviene de imperiosa necesidad...? (op. cit. p. 119). Desde antiguo, los autores han reconocido la falibilidad de la prueba testimonial y, con más razón, cuando la pretensión punitiva se sostiene en las manifestaciones de una sola persona. Así, Francois Gorphe ("La apreciación judicial de las pruebas", Ed. La Ley, Bs. As., 1967, p. 38) indica que ?(e)n materia testimonial, de la antigua exclusión del testigo único, testis unus testis nullus, regla de desconfianza, no puede subsistir sino un mero consejo de prudencia cuando se está en presencia de un testimonio aislado...?. De modo más tajante, Pietro Ellero ("De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal", Librería "El Foro", Bs. As., 1994, traducción de Adolfo Posada, p. 149 y ss.), admite la posibilidad de que se valore, para fundar un juicio de reproche, el testimonio de una sola persona, criticando el sistema de pruebas legales que requería, al menos, los dichos contestes de dos testigos para reputar adquirida plena prueba. En este marco, debe entonces reafirmarse que, en nuestro sistema de valoración de pruebas, no rige la regla del procedimiento del testis unus, testis nullus dado que la convicción no se funda en elementos de convicción tasados, con un valor previamente establecido legalmente, sino por la sana crítica. En virtud de ella, no existen presunciones de parcialidad para prestar testimonio -como las que preveía el viejo art. 276 del Código de Procedimientos en Materia Penal- y, paralelamente, es obligación del juez ponderar el valor de cada exposición juramentada conforme a las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica. En otras palabras, los testimonios no se cuentan, en este sistema, sino que se valoran. Ahora bien, en el caso de autos, entiendo que los dichos de J. N. R. , corroborados por F. D.A. , adquieren la calidad de pleno valor probatorio. Nótese que, a diferencia de otros casos en los que la declaración del único testigo no encontró apoyatura en demás elementos de comprobación indiciaria, en el sub lite el padre del joven atacado, recordó que su hijo le dijo, inmediatamente después de producida la herida, que el autor había sido N. , testimonio que coincide, a su vez, con a lo declarado por la testigo G. al indicar que había visto a cuatro muchachos discutiendo, entre ellos al acusado, con un palo ?o algo así? (sic) en la mano. Así, es absolutamente razonable sostener, tal como lo hizo el tribunal oral, que fue B. O. N. la persona que atacó al denunciante del modo descrito en la sentencia y que, paralelamente, lo relatado por aquél sólo fue un mero intento para mejorar su situación en el marco de estos actuados y, cabe agregar, para justificar una eventual violación al sistema de arresto domiciliario, impuesto a N. en el marco del proceso por el cual se encontraba cumpliendo pena. Corroborada, pues, la autoría material del imputado en la producción de la herida que mereció el reproche penal que aquí se impugna, corresponde tratar el planteo de la defensa mediante el cual solicitó la aplicación del art. 34 inc. 6º del Código Penal; requisitoria que sustentó,

principalmente, en la arbitraria valoración de los testimonios que realizó el tribunal y que, a su entender, demostraron que existió una agresión ilegítima de dos personas contra N. . Sobre este punto, no caben dudas de que el órgano colegiado brindó motivos fundados para desechar la pretendida causa de justificación; concretamente, restó valor probatorio a los dichos solitarios y contradictorios del acusado, indicó que la existencia de la pelea previa entre A. y N. se encontraba temporalmente desligada de las lesiones infligidas al denunciante y, señaló que, aun sosteniendo la hipótesis del acusado, la punción en el pecho con el palo o hierro -que siguió al golpe en la cabeza-, fue realizada una vez que había cesado el peligro. Estas plausibles razones para denegar la aplicación del instituto en cuestión, resultan coherentes con la versión de los acontecimientos brindada por G. y A. , quienes ubicaron en la pelea a cuatro individuos (cfr. imágenes de fs. 160), enfrentados en igualdad numérica y no a tres, como lo intentó introducir el imputado en su versión de los hechos y lo afirmó -en desconexión con el resto del arsenal probatorio- la testigo D.. En efecto, G. dijo que llegó a observar en la vereda de la puerta de su casa una discusión entre dos grupos, uno integrado por B. y un amigo, y el otro por N. y el C. (A. ), y que pasados unos 10 o 15 minutos, aproximadamente, fue alertada por su hija de que había una persona apoyada en la puerta de la entrada de su casa, pudiendo observar -a través del vidrio- que se trataba de N. , quien estaba herido en el pecho; mientras que A. , coincidentemente, explicó que estaba cuidando coches con N. R. , que luego se acercó E. y discutió con él acerca del negocio y que, seguidamente, al no ponerse de acuerdo llamó a B. N. , que se hizo presente en el lugar. Repentinamente, F. A. pegó a B. una ?piña? en la cara, devolviéndole éste la agresión del mismo modo. Ya lesionado en su ojo fue a mojarse la cara a la casa de una amiga y después concurrió al Hospital Pedro Lagleyze porque no podía ver. Luego, por dichos de su amigo N. se enteró que B. , después de golpearlo, lo llevó caminando -como veinte metros hacia atrás-, entró corriendo a la casa, le espetó la frase ?ahora vas a ver? y sacó un arpón o algo con punta. Por lo demás, esa recreación de los hechos guarda similitud con las imágenes de fs. 159 en las que se puede apreciar, que en el horario de las 9:12 horas, se encontraban tres sujetos sobre la calzada, para aparecer en escena tres minutos más tarde -9:15 horas- (fs. 160/161) un cuarto, con el torso desnudo y bermudas, vestimenta con la cual, a su vez, A. identificó a B. N. la noche del suceso, conforme su declaración prestada ante el tribunal al el 11 de diciembre de 2014 (dato no consignado en el acta y que se desprende del audio incorporado a la causa). Por añadidura, tal y como lo hizo el tribunal, tampoco puede sostenerse la versión de los hechos aportada por la ciudadana D., quien -pese a no estar segura- ubicó el enfrentamiento cerca de las 19:00, es decir, en circunstancias en las que todavía no había anochecido; panorama diametralmente opuesto con los restantes testimonios y las imágenes obrantes a fs. 160/161. Tal escenario, distinto al propuesto por la recurrente, destierra la posibilidad de que el a quo haya actuado con arbitrariedad al no hacer lugar a la legítima defensa alegada, pues de los dichos de ambos sujetos surge con claridad que el ataque de B. a N. no fue producto de una defensa contra aquél, y que existió un lapso de minutos entre el altercado protagonizado con F. A. y la conducta por la cual, finalmente, resultó imputado. IV. Como segundo motivo de agravio, la recurrente consideró - también de manera subsidiaria- que el tribunal de juicio fue arbitrario al momento de subsumir jurídicamente el hecho que se atribuyó a su defendido, por lo que -a su entender- debió encuadrarse la conducta en el art. 89 del Código Penal. En efecto, explicó que la sentencia fue arbitraria al otorgarle preeminencia a uno de los dos informes médicos realizados a N. R. sin explicar las razones de ello, cuando lo que verdaderamente debió hacerse fue lo contrario, es decir, dar relevancia al que había practicado el Cuerpo Médico Forense -en el cual estableció que no había existido riesgo para la vida del paciente y que las lesiones sufridas limitaron su vida laboral por un lapso menor a treinta días- y no al realizado por la División Medicina Legal de la P.F.A.; asimismo, como segundo argumento para fundar su postura, entendió que no existió dolo de homicidio en cabeza de N. , habida cuenta de que no hubo pruebas concretas de ello y que, si el designio del acusado hubiere sido tal, indudablemente habría asegurado el resultado querido, acometiendo en más de una oportunidad y con superior violencia en contra de su oponente. Los jueces integrantes del tribunal a quo interpretaron que el imputado actuó con la intención de matar a R. sobre la base de que, luego de golpearlo -en una primera oportunidad en la cabeza-, aprovechó el estado de conmoción producido para introducirle la punta del palo -de madera o metal- en la zona torácica cercana al corazón, ocasionándole una lesión pulmonar. Tal accionar, sostuvieron, no puede ser interpretado de otra forma que el de una clara intención, por parte de N. , de producir la muerte del atacado; situación que, a su vez, coincidió con lo señalado por R. cuando afirmó que, previo a lesionarlo, el imputado refirió tal propósito letal. Agregaron que el elemento utilizado, sin lugar a dudas, poseía una punta, la que según testimonios podía ser de metal, resultando un objeto idóneo para producir un daño que eventualmente llevara a la muerte a su receptor. Por lo demás, el informe de fs. 124 aporta un elemento técnico indubitable cuando refiere que la lesión producida a R. fue realizada con un elemento con punta. Luego, en cuanto a la elección del informe médico que estimaron relevante para la solución de caso -el agregado a fs. 110-, indicaron que el realizado por el Cuerpo Médico Forense (cfr. fs. 370/1), mediante el cual se concluyó que no hubo riesgo serio de vida para el paciente, no resultó conteste con las lesiones que había presentado R. , hallándolo infundado por cuanto una lesión producida en un pulmón por un elemento punzante que, a su vez, causa un neumotórax, resulta ser de gravedad tal que pone en riesgo la vida de la persona lesionada si no es urgentemente tratada por médicos especializados. Aquí

también la argumentación realizada por el tribunal de juicio para construir el dolo homicida en cabeza del acusado sale airoso de la esgrimida por la defensa cuando se indica que el accionar de N. , que comprende: la búsqueda del indiscutido palo -de hierro o madera- provisto de una punta, seguido de la proclama a viva voz de darle muerte a N. , del consabido golpe con ese objeto en la cabeza del afectado y de su incisión en una zona vital, aprovechando su situación de vulnerabilidad; necesariamente demuestra que actuó con el conocimiento e intención que requiere el tipo penal del art. 79 del Código Penal y convierte en innecesario evaluar la posibilidad, cierta o no, de que tuviera la oportunidad de acometer a la víctima con mayor intensidad o en más de una ocasión para alcanzar el fin propuesto. Luego, tampoco advierto arbitrariedad por parte de los juzgadores en punto a haber dado valor dirimente al informe agregado a fs. 110 para fundar el riesgo de muerte en cabeza de R. , toda vez que la rápida atención médica, producto entre otros factores del diligente proceder de la vecina G. y de la inmediata respuesta de su padre para asistirlo, dan cuenta de que ciertamente peligró la vida del joven. Al respecto, estimo que, si bien el Cuerpo Médico Forense -a fs. 370- entendió que la herida principal no había comprometido la vida del paciente, no brindó razones que abonaran esa conclusión, ello aunado a que el examen se llevó a cabo una vez que la lesión había evolucionado favorablemente, resultando razonable -en suma- asignar preeminencia al primer informe sobre el segundo, valorando, asimismo, la temprana anamnesis configurada por el examen practicado al día siguiente del hecho investigado. Por todo lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que la reconstrucción histórica de los sucesos que los magistrados de juicio han desarrollado en la sentencia impugnada, se ajusta de modo estricto a los parámetros normativos que la rigen, de manera que ninguna de las impugnaciones ensayadas por la parte conmueve su solidez como pieza jurídica. Me expido, pues, por el rechazo del agravio presentado por la defensa técnica del encartado en tal sentido, sin costas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 531 del CPPN y del art. 14 in fine de la ley 24.946. V. En lo referente al monto de la pena impuesta, refirió la defensa que el a quo incurrió en arbitrariedad al valorar incorrectamente la mecánica de los hechos, por lo que no debió utilizarse como agravante la ausencia de motivación en la supuesta agresión de N. a R. , al tiempo que no se tuvieron en cuenta las condiciones personales de su defendido, señaladas en el alegato, para su mensuración. Luego, en el escrito de ampliación, presentado en término de oficina, desarrolló con mayor amplitud los motivos por los cuales consideró errónea la graduación de la sanción recaída, poniendo especial énfasis en que la situación de tortura que vivió su asistido mientras cumplía pena en razón de una de las causas que integran la sanción única impuesta debió merecer un tratamiento particular y riguroso por el a quo y, obligadamente, dicho razonamiento verse reflejado en una pena única de menor cuantía, adecuada a los principios de proporcionalidad e igualdad. En efecto, entendió que la crueldad aplicada a su asistido por las autoridades del SPF debió traducirse, en el proceso de unificación de penas, en una sanción única que restase en su composición, de forma total o de manera muy significativa, la pena de siete años y seis meses impuesta por el TOC N° 3 de San Isidro, siendo que, por el contrario, el tribunal de juicio se limitó a restar un año de la suma aritmética de ambas penas, sin contemplar obviamente en esa composición los tormentos vividos por su asistido mientras cumplía la pena anterior. Reiteró que esas crueles e inhumanas condiciones en que debió cumplir esa pena de prisión debieron tener un correlato en el juicio de mensuración, apreciando junto a los tiempos de duración de las sanciones, la intensidad de los padecimientos soportados por su pupilo. Considero que el tribunal de juicio llevó a cabo un adecuado tratamiento de las pautas objetivas que rigen la mensuración de la pena, por cuanto realizó un correcto análisis de las condiciones personales de N. y de las agravantes y atenuantes consignadas en la pieza procesal que se recurre; correspondiendo, en consecuencia, confirmar el monto punitivo de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas impuesto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 27 a B. O. N. en el marco de la presente causa. Sentado ello, empero, lleva razón el reclamo emitido por la defensa técnica del encausado en función de los parámetros tenidos en consideración para la unificación de penas. La ocurrencia, jurídicamente indiscutible, de actos de tortura materializados en el ámbito penitenciario en perjuicio del encausado N. , ocurridos el 16 de julio de 2011, en circunstancias en que se encontraba cumpliendo la condena -no firme aun- impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de San Isidro (PBA), que debe integrar la pena única a fijar en esta oportunidad, remite a planteamientos que la rutina laboral pugna constantemente por soslayar y la recta conciencia de quien juzga mantiene vigentes. Sin ánimo de convertir este parágrafo en un extravagante soliloquio, la imposición de tormentos a un individuo encarcelado obliga a reflexionar seriamente en punto a la conducta a asumir en el momento de conjeturar una respuesta global al comportamiento ilícito que se le adjudica. Advertía Durkheim la presencia de una verdadera e irremediable contradicción en vengar la dignidad humana ofendida en la persona de la víctima, violándola en la persona del culpable?, agregando seguidamente que (e)l solo medio, no de levantar la antinomia (que en rigor no es solucionable) pero de reducirla, es reducir la pena tanto como sea posible? (DURKHEIM, Émile: ?Dos leyes de la evolución penal?, en ?Delito y Sociedad - Revista de Ciencias Sociales?. n°13, 1999, p. 71 y ss.); objetivo facilitado, conforme a su aguda visión, por la declinación de la criminalidad religiosa y la lenta emergencia de la criminalidad humana. Esa deseable tendencia a la moderación de las penas ha tropezado con obstáculos poderosos. Uno de ellos viene representado por la hipertrofia ilimitada de la prisión como moneda de cambio adaptable a las más diversas conductas relevadas por

el legislador penal contemporáneo, olímpicamente desentendido de la aflicción de Cesare Beccaria, quien idealizaba una geometría ?adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas?, para confeccionar ?una escala correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura? (BECCARIA, Cesare: ?De los delitos y de las penas?, Alianza, Madrid, 1995, p. 36). Otro, más eficaz en su perversidad de cara a los fines constitucional y convencionalmente proclamados respecto de tales mecanismos punitivos, viene configurado por la realidad de la praxis penitenciaria. Si es genéricamente inaceptable, por arbitraria, la visión de ?un médico que para todos los males tiene el mismo remedio?, como supo expresar el legislador y magistrado Jean-Baptiste-Charles Chabroud, evocado por Michel Foucault en su celeberrimo ?Vigilar y castigar - Nacimiento de la prisión? (Siglo XXI, Bs.As., 2004, p. 120 y s.), el cuadro deviene francamente intolerable cuando las condiciones del encierro potencian el padecimiento del individuo privado de su libertad ambulatoria -y de todas las que de ella dependen- hasta hacer trizas la más modesta idea de proporcionalidad entre delito y pena. Frente a un caso como el que nos ocupa, no cabe menos que coincidir con Vacani, cuando afirma que ?(s)i la medida de castigo es la representación más cabal del trato punitivo aplicado sobre una persona, la regulación de su duración y las condiciones impuestas previas a la condena también son parte de los límites normativos derivados del principio de legalidad, proporcionalidad y mínima irracionalidad, que impiden confundir la equiparación formal que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de cuantificar el tiempo de prisión, con la equiparación de su naturaleza, al ser una ilícita y otra legal. En razón de ello, si la primera ha sido objeto de tratos arbitrarios, su naturaleza no coincide con el contenido de privación de libertad ambulatoria sobre cuya medida se valora el castigo arbitrario?. (VACANI, Pablo: ?La cantidad de pena en el tiempo de prisión - Sistema de la medida cualitativa?, Ad-Hoc, Bs. As., 2015, p. 491). La acreditación, en el caso sub júdice, de la imposición de torturas al encausado N. , en ocasión de hallarse detenido a disposición del tribunal bonaerense de referencia debe traducirse en una reducción de la pena que le restaba cumplir en virtud de aquel proceso, como medida paliativa de la enorme lesión al Estado constitucional de Derecho que dicha realidad puso al descubierto. Se trata de una pena cruel que, a despecho de su obvia prohibición, fue sufrida por el condenado en circunstancias en que se hallaba sujeto a la autoridad penitenciaria, razón por la cual el órgano judicial debe tomarla debidamente en cuenta para decidir el conflicto, ?porque no puede sostener que lo prohibido no existe ni confundir lo que debió ser con lo que realmente fue...no por prohibidas dejan de ser penas. Se trata de un efectivo dolo punitivo que debe descontarse del que se autoriza jurisdiccionalmente, so pena de incurrir en doble punición y consiguiente crueldad? (ZAFFARONI, Eugenio R.- ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro: ?Derecho Penal- Parte General, Ediar, Bs. As., 2000, p. 126). En ese mismo orden de ideas, no empece a lo señalado que la autoría de ese gravísimo episodio no haya logrado la firmeza que otorga la cosa juzgada material, puesto que no se ha discutido la materialidad del ilícito; por lo demás, la especial relación de sujeción en que se hallaba N. al resultar victimizado conduce a equiparar las diferentes alternativas de su producción, toda vez que, por acción o por omisión, la custodia de sus bienes jurídicos más elementales por parte de los agentes estatales resultó groseramente vulnerada. En razón de ello y en función de los motivos que pasará a exponer el juez Pablo Jantus en su voto subsiguiente, expuestos y acordados con el suscrito en el marco de la deliberación celebrada, cuadra casar parcialmente la sentencia recurrida, debiendo imponerle B. O. N. la pena única de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, sanción que comprende la de cuatro años y seis meses de prisión impuesta en esta causa y la de siete años y seis meses de prisión pronunciada el 25 de noviembre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. VI. Acerca de la declaración de reincidencia adoptada por el órgano colegiado emisor de la sentencia impugnada, la defensa encauzó sus agravios en las causales contenidas en los incs. 1° y 2° del art. 456 del digesto ritual. Con respecto a la errónea aplicación de la ley sustantiva, argumentó que la vista conferida por el tribunal oral a la fiscalía una vez finalizado su alegato de cierre, con el propósito de que se expidiera en relación a la aplicación del art. 50 del C.P. excedió las facultades jurisdiccionales de éste, atentando -a su criterio- contra el principio acusatorio y de inmediación que deben primar durante la sustanciación del debate oral y público. Luego, en lo que respecta a la arbitrariedad de la resolución atacada, indicó que tal vicio se desprende de la aplicación por parte del tribunal de un precedente de la Cámara de Casación Penal que no se adecuaba de forma completa a la situación de las presentes actuaciones y al procedimiento elegido para enmendar la inadvertencia de la fiscalía en solicitar oportunamente la declaración de reincidencia de N. . En lo que concierne al pedido de inconstitucionalidad del artículo 50 del C.P., entendió que el aludido precepto legal vulnera los principios constitucionales de: derecho penal de acto, culpabilidad, ?ne bis in ídem? y resocialización como fin de la pena privativa de la libertad; los que, a su turno, desarrolló. Lleva razón la defensa en cuanto a que la declaración de reincidencia declarada por el tribunal con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria resulta violatoria del principio de acusatorio que rige el proceso en materia penal. En efecto, del cotejo de las actuaciones surge que el Sr. Fiscal General no hizo referencia alguna a la aplicación del instituto durante su alegato, lo que motivó que el órgano colegiado, inaudita parte, decidiera conferir una nueva vista para que aquél se expidiera al respecto, decisión que quedó plasmada en el considerando ?V? de la sentencia recurrida. Posteriormente, ese Ministerio Público se expidió en favor de

la declaración de reincidencia de N. por considerar que lo imponía la circunstancia de haber cumplido pena como condenado en la causa n° 729/2010 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, en los términos del art. 50 del Código Penal. Así las cosas, el 27 de marzo de 2015, es decir, más de un mes y medio del pronunciamiento condenatorio, el tribunal plasmó tal declaración respecto de B. O. N. sobre la base de que al momento de la comisión del hecho aquí investigado, el nombrado ya se encontraba cumpliendo la pena impuesta por el aludido órgano judicial bonaerense, encontrándose de ese modo reunidos los requisitos legales que requiere el instituto. Es imperioso señalar que el resorte ideado por el Tribunal Oral para subsanar el olvido del representante de los intereses del Estado al omitir en su alegato solicitar la declaración de marras ante el pleno, transgrede los principios de defensa en juicio del sistema acusatorio y de la inmediación. Es claro que ese nuevo estado, depende de la ponderación de cuestiones fácticas y jurídicas que necesariamente deben ser discutidas por las partes en el debate para así habilitar la jurisdicción del tribunal, en un juicio respetuoso de la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos a ella incorporados. Por lo pronto, de la sentencia puesta en crisis no surge -porque no se consignó- si el encausado había cumplido total o parcialmente una condena anterior, en este último caso qué lapso de la sanción había pasado efectivamente en detención; tampoco se hizo alusión a las demás circunstancias del art. 50 del CP, como el plazo de caducidad previsto en el último párrafo, lo que hubiera surgido de consignar adecuadamente las condenas que se estaban valorando y sus datos esenciales. Por otra parte, al no haber sido materia de debate, se privó al asistente técnico de la posibilidad de hacer valer los argumentos que la doctrina y diversos precedentes jurisprudenciales han elaborado cuestionando el instituto mencionado. Es claro, a mi modo de ver, por las razones expuestas, que la declaración de reincidencia en esas condiciones generó un supuesto de extra petita que vulneró claramente el derecho de defensa del imputado y, en consecuencia, corresponde casar la sentencia en este aspecto y dejar sin efecto la resolución de fs. 739/741. V. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: I. RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, CONFIRMAR el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 676/698, por el que se condena a B. O. N. a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa; sin costas en esta instancia (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 42, 44, 45 y 79 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, CASAR el punto dispositivo II de la sentencia de fs. 676/698, e IMPONER a B. O. N. la pena única de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, sanción que comprende la de cuatro años y seis meses de prisión impuesta en este proceso y la de siete años y seis meses de prisión pronunciada el 25 de noviembre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires; sin costas en esta instancia (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41 y 58 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). III. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, ANULAR la resolución de fs. 739/741 y, en consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la declaración de reincidencia de B. O. N. (art. 471 del Código Procesal Penal de la Nación). El juez Pablo Jantus dijo: I) He de comenzar mi voto, señalando que, sin perjuicio de las consideraciones que efectuaré en los apartados siguientes, adhiero a las propuestas de mi distinguido colega y maestro, Dr. Luis Fernando Niño, en especial lo que se refiere a la materialidad del hecho y participación del inculcado y la calificación jurídica del evento. También en lo que atañe a la consecuencia jurídica de la conducta enrostrada a N., tanto con relación al hecho por el que recayó condena en este proceso como con respecto a la pena única que corresponde imponer, puesto que estoy de acuerdo con el Dr. Niño en que los padecimientos que el Estado le provocó mientras se encontraba cumpliendo una condena, tienen un trascendente significado sobre la legitimidad de esa condena y, por ende, correspondía analizar dicho punto en la sentencia puesta en crisis, como reclamó la defensa en el debate. II) Quedó asentado en el voto que lidera este acuerdo que mientras B. O. N. se encontraba cumpliendo la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, en el Complejo Federal de Jóvenes Adultos de Marcos Paz, fue víctima de un hecho violento protagonizado por funcionarios del Servicio Penitenciario Federal. La denuncia sobre ese suceso se trató en la causa n° 2838 del Tribunal Oral Federal n° 1 de San Martín, el que el 30 de junio de este año decidió condenar, por sentencia no firme, a los agentes penitenciarios que tomaron parte en dicho evento. En lo que aquí interesa, el tribunal federal tuvo por acreditado que el 16 de julio de 2011, cuando el imputado se encontraba en el citado centro de detención, luego de las visitas y a partir de un reclamo del encartado para que le permitieran ver por televisión un partido de fútbol, fue trasladado por la sección requisita a una oficina donde se inició una golpiza en la que le aplicaron organizadamente toda clase de golpes, mientras se hallaba sujetado con las esposas colocadas en manos y pies y a su vez enganchadas entre sí; en esas circunstancias le aplicaron golpes de puño, bastonazos, puntapiés, patadas, pisadas en el rostro con los borceguíes, golpes en los tobillos; lo quemaron con encendedores en los pies y piernas y fue arrastrado - porque no podía caminar- hasta los ?buzones? y bañado al menos en tres oportunidades con agua fría, además de haberle rozado con un bastón por sobre las ropas, en la región anal. Tras ello, con las tres esposas colocadas, lo trasladaron a un cuarto de paredes acolchonadas y lo dejaron

media hora tirado en el piso desnudo. Poco tiempo después, tras haber sido revisado por un enfermero y un médico, tuvo que ser trasladado a un hospital extramuros. Se constataron múltiples lesiones, que incluyeron fracturas en los pies, tres quemaduras y diversos hematomas en el rostro y las piernas. A pesar del grave panorama descrito y de que los hechos consignados eran conocidos por el tribunal que dictó sentencia en esta causa, dado que N. cometió el delito que ahora se le imputa mientras cumplía arresto domiciliario ordenado como consecuencia de aquellos eventos, en el fallo cuestionado no se hizo ninguna consideración sobre ellos, a pesar de que sobre el particular rigen varias normas supranacionales, incorporadas a nuestra Carta Magna. La Convención sobre la Tortura, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos por citar algunos, y las recomendaciones de los respetivos órganos de aplicación, así como fallos de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, constituyen un plexo jurídico que obliga a los Estados parte, a través de todos sus funcionarios y a los magistrados, a tomar todas las medidas necesarias para impedir que se produzcan hechos como los mencionados, así como a considerar sus consecuencias cuando se lleven a cabo. Además de las consideraciones efectuadas en la sentencia del Tribunal Oral Federal n° 1 de San Martín, acompañada por la defensa, cabe recordar, mínimamente, que ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos tramita el asunto relacionado con las Penitenciarías de la Provincia de Mendoza, que motivó la emisión de medidas provisionales por parte del tribunal regional y de, al menos, un pronunciamiento sobre el tema de la Corte Suprema de Justicia (L. 733. XLII - ?Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza? - CSJN - 06/09/2006). La Corte Interamericana, en la resolución del 26 de noviembre de 2010, al disponer el levantamiento de las medidas provisionales, en el caso de las Penitenciarías de Mendoza, señaló: ?52. Sin perjuicio de lo decidido por este Tribunal, debe reiterarse que el artículo 1.1 de la Convención establece las obligaciones generales que tienen los Estados Parte de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, en toda circunstancia. En especial, la Corte resalta la posición de garante que tiene el Estado respecto a personas privadas de libertad [...], en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas, en cuyo caso aquellas obligaciones generales adquieren un matiz particular que obliga al Estado a brindar a los internos, con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos a la vida y a la integridad personal, las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención [...]. Por ello, independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas [...], el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en circunstancias de privación de libertad [...]. Asimismo, en este asunto en particular, la Corte, recuerda que, de conformidad con la normativa internacional, el Estado debe asegurar que las medidas de seguridad adoptadas en los centros penales incluyan el entrenamiento adecuado del personal penitenciario que presta la seguridad en el penal y la efectividad de dichos mecanismos para prevenir la violencia intracarcelaria, tales como la posibilidad de reaccionar ante hechos de violencia o de emergencia al interior de los pabellones. El Estado debe asegurarse que las requisas sean correcta y periódicamente realizadas, destinadas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria, y que los resultados de estas requisas sean debida y oportunamente comunicados a las autoridades competentes.? ?53. En cuanto a las condiciones mínimas de detención, es importante recordar que es un principio que el Estado debe mantener instalaciones adecuadas, la separación de los internos en categorías, el acceso a servicios de salud, higiene y educación adecuados, así como ofrecer medidas para la recreación y la salud mental y corporal de las personas privadas de libertad [...]. Asimismo, el Estado debe procurar que el personal encargado de la custodia tenga las capacidades y herramientas necesarias para desarrollar su labor bajo el respeto de los derechos de los detenidos, en especial que haga uso de la fuerza de manera excepcional, planeada y limitada, a fin de evitar la violencia intracarcelaria. Para ello, las medidas a adoptarse por el Estado deben priorizar un sistema de acciones de prevención, dirigido, inter alia, a evitar el tráfico de armas y el aumento de la violencia, a un sistema de acciones de represión [...]. Aunque la sentencia del tribunal oral federal no se encuentra firme, es incuestionable a esta altura la materialidad del suceso, porque se constataron oficialmente las graves lesiones sufridas por el imputado, como así también que ellas fueron producidas mientras se encontraba detenido en una unidad carcelaria. También, que las lesiones fueron provocadas después de que el encartado fuera sacado de su celda por personal de requisa del servicio penitenciario. Así las cosas, coincido con el Dr. Niño en que los graves hechos de tortura sufridos por N. , deben ser ponderados a la hora de graduar la sanción a imponer en estas actuaciones. III) Ahora bien, puesto que el tribunal de juicio ha unificado la sanción que le aplicó en estas actuaciones con la dispuesta oportunamente por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de San Isidro, he de recordar que enseña R. N. (?Las disposiciones generales del Código Penal?, Ed. Lerner, Cba., 1988, pp. 260 y ss.), que el art. 58 de la ley de fondo ?extiende la aplicación de los arts. 55, 56 y 57 a los casos en que la pena impuesta por una sentencia firme deba unificarse con la pena a imponer a la misma persona en una causa en trámite y al caso de unificación de las penas impuestas a la misma persona en distintas sentencias firmes. De tal manera, el art. 58 tiene por finalidad lograr, mediante el sistema de pena única, la unificación de la aplicación de las penas en todo el país...? (ver Fallos de la Corte Suprema de Justicia 209:342: ?El art 58 del Código Penal responde

al propósito de establecer real y efectivamente la unidad de la legislación penal en el territorio de la república, adoptando las medidas necesA. para que ella no desaparezca por razón del funcionamiento de las distintas jurisdicciones...?). En punto al instituto de la pena única o de la pena total, seguiremos en la introducción el desarrollo que efectúan Zaffaroni, Slokar y Alagia (?Derecho Penal, Parte General?, Ediar, Bs. As., 2000, pp. 964 y ss.), puesto que su claridad expositiva permitirá una mejor comprensión de los problemas tratados. Indican estos autores, que el Código Penal argentino, siguiendo el código de Zanardelli, consagró como regla el principio general de la pena total, no sólo para el concurso real, sino también exigiendo que siempre exista una pena total y un único juez de ella, aun cuando los delitos hayan sido juzgados con anterioridad por otros jueces, siendo irrelevante si el sujeto cometió el delito por el que se lo juzga después de la sentencia firme anterior, con anterioridad a ésta pero después del delito que se conoce o antes de él. Refieren que ?lo que el principio demanda es la unidad de la injerencia punitiva, mediante una pena total para todos los delitos cometidos por el sujeto. Dicho en otras palabras, en cualquier caso, mientras haya otra pena total o parcialmente vigente y se deba penar nuevamente al sujeto, se le aplicará una pena total por un único Tribunal (art. 58). En el caso del único tribunal que entiende en varios delitos no hay problema alguno de naturaleza procesal, pero cuando media una sentencia firme, la aplicación del principio de la pena total importa una revisión de la sentencia firme en cuanto a la penalidad impuesta en la misma y la consiguiente aplicación de una nueva penalidad...? (la negrita nos pertenece). Indican que el art. 63 del código holandés, al que pretendían seguir los proyectos de 1891 y de 1906, prescribía que el sistema de la pena total sólo se aplicaba cuando se debía juzgar a un sujeto después de condenado por sentencia firme por un hecho cometido con anterioridad; siendo el art. 58 del proyecto de 1917 el que suprimió esta limitación y la extendió a cualquier pluralidad de infracciones, en la medida en que coexistieran distintas penas. Tal distinción es importante, puesto que el sistema de la pena total, en el régimen vigente, abarca distintas situaciones, a saber: ?a) cuando un sujeto haya cometido varios delitos sin haber sido condenado en firme por ninguno (concurso real), debiendo imponer la pena total el tribunal que conoce de todos los delitos o el que conoce respecto del último de ellos o, si no lo hubiese hecho, el que impuso la pena más grave (condena única o unificación de condenas); b) cuando una persona cometa un delito después de la sentencia firme que le impuso pena que esté cumpliendo (unificación de penas), debiendo hacerlo el tribunal de la segunda condena o, si no lo hubiese hecho, el que hubiese impuesto la pena más grave.?. Refieren los autores citados, que la doctrina nacional suele llamar unificación de penas a todos los supuestos en que debe condenarse por un delito después de una condena que se está ejecutando. Más adelante (pp. 972 y ss.), los Dres. Zaffaroni, Slokar y Alagia explican que la hipótesis del texto vigente ?al suprimir la limitación de su antecedente del proyecto de 1906 (que exigía que la segunda sentencia debiese corresponder a un hecho cometido antes de la primera sentencia), abarca las penas impuestas tanto por hechos anteriores como posteriores a la sentencia condenatoria que se esté cumpliendo. De allí que corresponda la unificación tratándose de concursos reales - en que hayan entendido distintos tribunales o en que hayan recaído dos o más condenaciones pronunciadas por un único tribunal - pero que también corresponda proceder a la unificación en casos de delitos cometidos después de la condenación por la que aún se estuviera cumpliendo pena, con la diferencia de que cuando se unifican penas en este último supuesto, la pena total se produce como consecuencia de una mera unificación de penas, pero las condenas siguen conservando su pluralidad. Este fenómeno obedece a que el principio de la cosa juzgada cede en la medida necesaria para dar unidad al ejercicio del poder punitivo, pero de modo alguno se trata de hacer desaparecer la condenación anterior, puesto que ésta, por ser anterior al segundo delito, jamás podría haberlo contemplado, a diferencia de lo que sucede en el concurso real, en donde de no obstar las razones procesales la condena debía ser única...?. En suma, para estos autores, los supuestos de unificación de condenas incluyen aquellos casos en que existe un clásico concurso real de delitos en los que se juzgaron por distintos tribunales o en distintos momentos los hechos delictivos, imponiéndose diversas penas por sucesos cometidos antes que las sanciones quedaran firmes. Los casos de unificación de penas están dados por las situaciones en que, luego de haber quedado firme una condena en curso de ejecución, el autor comete un nuevo delito. Finalmente, en ambos casos, cuando corresponde la unificación de vA. penas, debe seguirse el proceso de unificación de sentencias prescripto en el art. 58 de la ley de fondo. Ha de recordarse que el art. 58, dispone que el juez que realiza la unificación no puede ?alterar las declaraciones de hechos? efectuadas en las sentencias que unifica. Señalan los autores de mención (op. cit., p. 980) que esta ?prohibición es meramente aclaratoria, porque no sólo es válida para los supuestos de unificación de sentencias sino para cualquier unificación de condenas o de penas. La exigencia de que el juez no altere las declaraciones de hechos no debe entenderse como indicativo de que la sentencia sigue en pie únicamente respecto de las usualmente llamadas cuestiones de hecho, sino que declaraciones de hechos son las declaraciones de la comisión y de la autoría de los delitos, o sea, de lo fáctico con su correspondiente calificación jurídica...?. Cabe señalar, finalmente, que la posición que sostiene que el procedimiento de unificación de condenas importa el ejercicio pleno del poder jurisdiccional del Estado, y que la pena única surge de una verdadera sentencia que hace cosa juzgada, dejando sin efecto las anteriores condenaciones, se encuentra plenamente corroborada con la exigencia del cumplimiento de los pasos del debido proceso adjetivo, cuando ese pronunciamiento se dispone en el marco del

segundo supuesto de unificación de sentencias del art. 58 del Código Penal. La posición de los autores citados precedentemente no es solitaria en la doctrina y la jurisprudencia. Por caso, Ricardo N. (?Tratado de Derecho Penal?, parte general, T. II, p. 516, Ed. Lerner, Cba., 1978) señala que: ?La unificación de las penas no involucra la revisión de las sentencias firmes. Debe respetar, por el contrario, las declaraciones de hechos contenidos en ellas (C.P., art. 58, párr. 1º, 2ª parte). La unificación no consiste necesariamente en la suma de las penas concurrentes, sino que el juez tiene libertad para elegir, con arreglo a esas declaraciones de hechos, la naturaleza de la pena y fijar su medida según las reglas de los artículos 55 a 57 y 40 y 41. El juez debe fijar directamente la pena única, sin determinar cuál es la medida que se computa por cada delito concurrente...?; más adelante, el Profesor cordobés añade que el art. 58 del Código Penal prescribe que debe ser un solo juez, con una sola jurisdicción el que debe decidir la pena única, destacándose que también se unifica su cumplimiento. En ?Las disposiciones generales del Código Penal?, N. mantiene su posición refiriendo que ?...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 y 13, 14 y 15 para que no procediese la condicionalidad o la liberación del condenado. Esto es la consecuencia de que, si bien el juez de la causa abierta - que es el que debe dictar la nueva sentencia - no puede modificar las declaraciones de hecho de la sentencia firme, sí está facultado para dictar la sentencia única con arreglo a la consideración de todas las conductas castigadas por ella.?; ?...el nuevo juzgamiento puede fundarse en un hecho anterior o posterior a la sentencia de condena. Se ha sostenido que en uno u otro caso la solución debe ser distinta en lo que atañe a la unificación de las penas. Sin embargo, no siendo la posibilidad o imposibilidad de un concurso real de delitos entre el hecho ya juzgado y el no juzgado, lo que determina la aplicación de los arts. 55 y 56 en el caso del art. 58, párrafo 1º, 1a. disposición, 1er. supuesto, sino la posibilidad de la ejecución independiente de dos o más penas, no existe base para distinguir un caso de otro... el juez de la causa abierta debe unificar de oficio la pena impuesta en la sentencia firme y la imponible en la causa abierta, porque las reglas de los arts. 55, 56 y 57 ?se aplicarán también? por el juez que dicte la nueva sentencia...?. Cabe agregar que este autor, al destacar la imposibilidad de unificar de oficio -en el caso de existir vA. condenas firmes, conforme la segunda regla del art. 58 del Código Penal- explica que ello es así pues ?El ejercicio de su jurisdicción depende del pedido de parte interesada en esa unificación. Este pedido es un nuevo hecho atributivo de jurisdicción para un magistrado que carecía de ella, a causa de haber sentenciado ya en el proceso respectivo...?, poniendo de resalto (op. cit., p. 264) que las penas aplicables deben seguir las pautas de los arts. 55 y 56 del Código Penal. IV) Así las cosas, a mi modo de ver, con el que coincide en este aspecto el vocal preopinante, merced a las torturas padecidas por el imputado mientras cumplía una de las condenas que ahora se unifican, cometidas en un establecimiento carcelario y por parte de funcionarios estatales, los fines que gobiernan la pena de prisión han quedado desvirtuados en la ejecución de esa sanción penal, porque todo el régimen de progresividad previsto constitucional y legalmente que tiene en mira la resocialización, se destruye por la irracional violencia aplicada por el Estado a través de sus agentes en el marco de ese proceso de ejecución de la pena. Dicho de otro modo, el proceso de progresividad propio de la ejecución penal, que con fines de prevención especial positiva, aspira a la futura incorporación del condenado en la convivencia pacífica en sociedad, supone y exige el fiel cumplimiento de las normas que rigen el tratamiento con los detenidos por parte del Estado. Como en el caso ello no ha sucedido y puesto que N. fue sometido a una feroz golpiza que le provocó graves lesiones, la regularidad de la condena que cumplía ha quedado cancelada y ello debe ser tenido en cuenta a la hora de graduar la nueva pena única a imponer, puesto que la intensidad de intervención estatal en la vida del condenado se ha exorbitado de tal forma que debe ponderarse de manera significativa a la hora de evaluar el monto de la pena única que incluye aquella condena. De esta forma, teniendo en cuenta las condiciones personales del encausado, mencionadas en la sentencia, la impresión que me causó en la audiencia realizada, así como las características de los hechos por los que fue condenado, estimo ajustado a derecho imponerle la pena única de siete años y seis meses de prisión y accesorias legales, comprensiva de la de cuatro años y seis meses de prisión dispuesta en esta causa y de la sanción de siete años y seis meses de prisión aplicada el 25 de noviembre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de San Isidro. Finalmente, he de señalar que, aunque en el precedente ?Olea? de esta cámara he dado las razones por las que considero que el instituto de la reincidencia es constitucional, tomando como base el reciente precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ?Arévalo? y aunque en lo que se refiere al tiempo de cumplimiento parcial de condena necesario para ser declarado reincidente tengo una posición particular, a mi modo de ver en el caso no corresponde declarar reincidente a N. . En primer lugar, coincido con el Dr. Niño que obsta a esa declaración la circunstancia de que no haya sido originalmente peticionada por el Fiscal en su alegato. Por otra parte, y como es sabido, el fundamento de la declaración de reincidencia está dado por la indiferencia de quien ha cometido un nuevo delito cuando ya había sufrido una condena anterior, frente a la intervención estatal que procuró resocializarlo con los medios legalmente previstos. La condición de reincidente supone, por tanto, una previa y suficiente intervención estatal procurando una eficaz reinserción social, y la falta de acatamiento del interesado a las normas que rigen la convivencia; pero también supone que esa previa intervención estatal haya sido legítima, porque no se puede reprochar a un ciudadano el no haber atendido a aquella

intervención, si ella fue ejercida de manera ilegal. En la medida en que N. , como quedó expuesto, fue torturado mientras cumplía la condena que ahora se unifica y que daría lugar a la declaración de reincidencia, ese cumplimiento de pena no puede considerarse idóneo y legítimo para sostener la aplicación al caso del art. 50 del CP. De acuerdo a todo lo expuesto, adhiero al voto del Dr. Niño y propongo que, haciendo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, B. O. N. sea condenado a la pena única de siete años y seis meses de prisión y accesorias legales, debiendo regirse las costas por sus respectivos pronunciamientos; sin costas en esta instancia. El juez Mario Magariños dijo: Coincido con los señores jueces preopinantes en punto a que en la resolución recurrida se efectuó una correcta valoración probatoria, de conformidad con los parámetros establecidos en el precedente "Cajal" -proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, Sala III, sentencia del 14 de agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños). Asimismo, comparto con mis colegas la conclusión relativa a que el a quo ha llevado adelante una acertada subsunción típica del comportamiento que tuvo por acreditado. En lo referido a la individualización de la pena impuesta al señor N. , por parte del Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, en relación con el hecho juzgado por ese órgano jurisdiccional, coincido también con los jueces Niño y Jantus en cuanto han considerado que se llevó a cabo una adecuada mensuración de las pautas individualizadoras de la sanción, para arribar al monto de cuatro años y seis meses de prisión. Con respecto a la unificación de penas decidida por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, comprensiva de la sanción de cuatro años y seis meses de prisión impuesta por ese órgano jurisdiccional en este proceso, y de la pena de siete años y seis meses de prisión que le había impuesto al señor N. el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 del departamento judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, no comparto con mis estimados colegas la resolución a la que arriban sobre este aspecto. En tal sentido, como bien lo señalan en sus votos los jueces Niño y Jantus, la decisión jurisdiccional referida a las graves lesiones sufridas por B. O. N. en el establecimiento penitenciario en el cual se encontraba cumpliendo la sanción de siete años y seis meses de prisión que le había sido aplicada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de San Isidro, no se encuentra firme en la actualidad. Esa circunstancia configura un obstáculo insuperable para avanzar en este momento sobre la consideración de las consecuencias jurídicas de ese suceso ocurrido durante la ejecución de una pena impuesta por el Estado. Y nada aporta, en sentido contrario, afirmar que la constatación de la materialidad de las lesiones sufridas por el señor N. se encuentra firme y sólo está sometido a revisión lo atinente a la autoría y responsabilidad por su producción, pues precisamente de ello dependerá, entre otras cuestiones, la confirmación, pasada en autoridad de cosa juzgada, de la mecánica de producción de las lesiones y del carácter y grado de responsabilidad de los intervinientes en la ejecución, así como las implicancias que respecto de ello puedan atribuirse a agentes estatales, y la determinación de la comisión u omisión dolosa o imprudente que pueda constatarse. La determinación y confirmación de tales aspectos, deberá incidir en la definición de la legitimidad que, a partir del momento de la ocurrencia de esos hechos, pueda predicarse acerca de la sanción impuesta con carácter de pena estatal. Es que no parece plausible, en la hipótesis de confirmarse en todos sus extremos la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal n° 1 de la localidad de San Martín, reconocer algún grado de legitimidad y efectos legales a la ejecución de coacción ejercida sobre N. , a partir del momento de producción del hecho en cuestión. No resulta aceptable conceptualizar como ejecución de pena estatal, en ninguna medida, al ejercicio de coacción desarrollado desde el momento de ocurrencia de actos que podrían configurar una grave violación de derechos humanos fundamentales. Ahora bien, la circunstancia de que la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 27 se haya pronunciado sobre la unificación de penas, sin haber formulado absolutamente ninguna consideración acerca de los planteos que la defensa del imputado introdujo oportunamente respecto a la incidencia que debería atribuirse a las graves lesiones sufridas por B. N. mientras se encontraba cumpliendo una de las penas objeto de unificación, descalifica en este aspecto a esa decisión como acto jurisdiccional válido, debido a la arbitraria omisión de tratamiento de la cuestión de que se trata. Por consiguiente, en este punto, corresponde anular la decisión del a quo y remitir las actuaciones para una sustanciación que atienda y dé respuesta al planteo de la defensa (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación). Por último, en lo que hace a la declaración de reincidencia pronunciada por el tribunal oral, coincido con mis colegas preopinantes en cuanto consideran que el modo en que procedió el a quo para decidir sobre esta cuestión, importó el quebrantamiento de lo reglado por el principio constitucional de defensa, al desconocer las pautas derivadas del principio acusatorio. En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE: I. RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, CONFIRMAR el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 676/698, por el que se condena a B. O. N. a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa; sin costas en esta instancia (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 42, 44, 45 y 79 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, CASAR el punto dispositivo II de la sentencia de fs. 676/698, e IMPONER a B. O. N. la pena única de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, sanción que comprende la de

cuatro años y seis meses de prisión impuesta en este proceso y la de siete años y seis meses de prisión pronunciada el 25 de noviembre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires; sin costas en esta instancia (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41 y 58 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). III. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, ANULAR la resolución de fs. 739/741 y, en consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la declaración de reincidencia de B. O. N. (art. 471 del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. LUIS F NIÑO MARIO MAGARIÑOS PABLO JANTUS Ante mí: PAOLA DROPULICH Secretaria De Cámara  
037167E