

## COMPENSACIÓN DE PENAS:

### Cortando camino entre el ser y el deber ser.

Francisco Gabriel Marull<sup>1</sup>

Se presenta como imprescindible rescatar y comentar el gran valor implicado en la decisión del Tribunal chubutense transcripta más arriba. Tan alta valoración, guarda relación con la temática abordada (determinación judicial de la pena) y la clara y valiosa posición tomada para su definición.

Entiendo necesario destacar la importancia del pronunciamiento, en primer lugar por tratarse de un aspecto del proceso, que, habitualmente se nos presenta en una relación inversamente proporcional entre, la trascendencia que representa para el imputado y la indolencia con la que el punto es abordado por los operadores judiciales en su conjunto (Jueces, Fiscales y Defensores)<sup>2</sup>; como lamentablemente surge, con elocuencia, de una gran

---

<sup>1</sup> Abogado, Magister en Ciencias Penales, Profesor Adjunto Regular Derecho Procesal I UNLPam.

<sup>2</sup> Ello a punto tal, que los más altos Tribunales de mi provincia (La Pampa) han llegado a decir que no resulta una obligación para los magistrados del Ministerio Público Fiscal fundamentar el pedido concreto de pena que hacen en el alegato de clausura de la audiencia de juicio oral, como surge de los precedentes que siguen: a) “El requisito establecido en el art. 58 del C.P.P., en relación a la forma de actuación del Ministerio Fiscal durante la etapa de juicio y más específicamente en lo que hace al momento de realizar los alegatos durante la audiencia de debate, está dirigida a las "conclusiones" que dicho Ministerio debe efectuar en relación a los hechos que se le imputan al acusado de un delito, como a la calificación legal en que solicita su encuadramiento. El monto de pena solicitado, siempre que el mismo se encuadre dentro del mínimo y máximo establecido en la norma respectiva, resulta válido a los fines requeridos por este última, toda vez que el análisis de la pena a aplicar, lo debe efectuar el Tribunal de Juicio, independientemente de lo que pueda realizar el acusador público.”(Tribunal de Impugnación Penal, FALLO N°:23/10-SALA "A", voto Dr. Rebecchi, 28/7/10). b) “Para ello reeditan los conceptos en los que señalan la nulidad del dictamen fiscal y de la querrela por falta de fundamentación de la pena, sin demostrar cuál ha sido la afectación al derecho de defensa. Nótese que el art. 58 claramente expone “*Los representantes del Ministerio Fiscal formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones...*” (el subrayado es nuestro), sin especificar en

cantidad de las sentencias condenatorias de nuestros tribunales, y como no podría ser de otro modo, de las audiencias de juicio oral que las precedieron.

La cuestión no ha pasado inadvertida para la doctrina que ya desde hace tiempo viene señalando que: “La adecuación o medición judicial de la pena, que durante mucho tiempo fue la hijastra del Derecho penal, es la actividad más importante y difícil del juez penal; y no sólo ha sido la hijastra durante mucho tiempo, sino que continua siéndolo en la actualidad, ya que, como escribió Roxin al principio de su contribución al homenaje colectivo a Hans Schultz en 1977, la teoría de la determinación de la pena es una ciencia que todavía está en sus comienzos. No obstante, constituye otro verdadero tema de nuestro tiempo para los estudiosos del derecho punitivo y ha generado inmensa bibliografía, lo cual de ningún modo significa que esté esclarecido.” (Función y aplicación de la pena, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1993, pag. 87)

Ahora bien, dicho tan sólo esto<sup>3</sup>, es pertinente reconducir éste comentario al posicionamiento de los decisores.

Encuentro ponderable la capacidad demostrada, para conjugar con sencillez, la asunción de la función jurisdiccional de manera integral, sin desentenderse de las consecuencias que la actuación de otras dependencias del Estado -en el caso, otros tribunales- ha tenido en la vida del imputado, con una acertada aplicación del esquema teórico ofrecido al operador judicial por Zaffaroni como eficaz herramienta acotante del poder punitivo estatal.

No puedo dejar de señalar la existencia, a mi criterio, de una generalizada inclinación de los operadores judiciales por desatender lo que se produce en la historia de

---

absoluto esa obligación con respecto a la pena”. (Superior Tribunal de Justicia, Sala B, expte. 37/10, 23/11/10)

<sup>3</sup> Puesto que mucho más se podría decir sobre ello pero me desviaría del objeto central del presente comentario.

los imputados/procesados/condenados desde otras agencias del Estado, tanto sean penitenciarias, policiales o como en el caso, de otros estrados de la misma agencia judicial. Veo en ello, tan sólo un rasgo del baño de realidad reclamado por Rafecas a la tesis zaffaroniana en su artículo “Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena”<sup>4</sup>.

Y es aquí, entonces, donde gana altura la actitud de la Cámara patagónica, por cuanto muestra en un caso concreto la senda que se ha de transitar para acortar la distancia entre el “ser” y el “deber ser” de la agencia judicial. Ya que como bien dicen los jueces, citando a Zaffaroni, no puede la magistratura como representante del Estado confundir lo que debió ser con lo que realmente fue.

Todos conocemos, comentamos y ponderamos los aportes que la teoría agnóstica de la pena ha significado para los penalistas para un abordaje realista de la cuestión penal; en igual sentido es también, por todos nosotros sobradamente conocida la corriente de opinión que postula la ilegitimidad de la aplicación de un sufrimiento análogo o idéntico a la pena privativa de libertad para aquellos ciudadanos que presumiéndose su inocencia aún no han sido declarados culpables mediante sentencia jurisdiccional firme dictada como corolario de un juicio oral, público y contradictorio.

---

<sup>4</sup> “Pero, ¿opera de ese modo la agencia judicial en el plano del *ser*?. La respuesta, indudablemente, es negativa. El propio Zaffaroni es un experto en el tema de funcionamiento real de estructuras judiciales, pero en el Tratado no se hace demasiado hincapie acerca de la cuestión. Como está demostrado, la agencia judicial real, especialmente en Latinoamérica, no se diferencia demasiado de las policiales: son verticalizadas y revelan los peores rasgos de las burocracias, realizan una segunda fuerte selección conforme a estereotipos y óperas toscas sobre la materia prima ya filtrada, presentada por la agencia policial; son a su modo violentas y discriminatorias, y permeables por muchos costados a la corrupción de las restantes agencias y factores de poder (económico, político, etc.). Además, el integrante de la agencia judicial, lejos del ideal de ilustrado humanista, por lo general es un funcionario que debe su cargo a favores de distinta índole, sin mayor formación jurídica, ni consciencia acerca del importante rol que –con toda razón- Zaffaroni la asigna en el plano ideal. Lejos de ello, por lo general la agencia judicial legitima sin chistar la actuación policial y reproduce en su propio ámbito los mismos vicios; nunca o pocas veces cuestiona la actuación de las otras agencias ni se entromete con los vastísimos campos de actuación descontrolada e impune en donde las agencias ejecutivas ejercen poder punitivo subterráneo ni positivo configurador”. Rafecas, Daniel Eduardo, disponible en [www.catedrahendler.org/comision.php?id=48](http://www.catedrahendler.org/comision.php?id=48).

Todas las especulaciones y derivaciones que podemos realizar a partir de las posiciones teóricas señaladas resultan de un valor académico y publicístico destacable, pero lo imprescindible en los tiempos que se nos presentan es la conjugación de todas estas realidades en actos concretos y palpables que efectivamente vengán a modificar la realidad de las personas que resultan objeto del sistema de justicia penal.

En esto acierta la sentencia bajo comentario. Consciente de la inercia de las funciones manifiestas y latentes de la pena de prisión, con aplomo y simpleza se hace cargo de la misión acotante y garantizadora de derechos de la función jurisdiccional, habilitando sólo la aplicación de la cantidad de poder punitivo que no importa un grado intolerable de irracionalidad.

Definitivamente, se desprende de lo resuelto la asunción de un compromiso con el rol constitucionalmente asignado que revitaliza la vocación de todos aquellos que estamos preocupados y ocupados en la cuestión penal, no sólo desde la función jurisdiccional.

Trelew, de noviembre de 2008.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados “ECHAURI, Néstor F. y otro s/robo doblemente calificado en concurso con privación ilegal de la libertad y portación de arma de guerra-Tw” (Expte.n° 148/06-C.1ra.C.), y

CONSIDERANDO: Que a fs. 488/vta. de estos autos el Defensor Técnico, Dr. Fabián Gabalachis, abogado defensor de Néstor Fabián Echauri solicita una revisión del cómputo de pena respecto de su representado, atento que según resulta práctica pacífica de V.E. debe computarse el tiempo de detención sufrido por el condenado con anterioridad al hecho por el cual resultara sancionado punitivamente, independientemente de cual hubiera sido el resultado de los procesos invocados, sobreseimiento o absolución (resolución 564/2007 a favor de Javier Horacio Centeno) o condena (resolución 352/2007 a favor de Juan Marcos Palma). En el prisma precedentemente invocado se ha merecido vista favorable del Ministerio Público Fiscal en la resolución 003/2008 bajo la correcta argumentación de que: ...ya que las sentencias absolutorias o sobreseimientos dictadas con anterioridad a la última condena, concurren realmente –art. 55 del C.P.- y en particular en este caso son de aplicación las disposiciones del art. 58 del C.P.. Es decir, que de haber sido condenado en las sentencias dictadas en causas anteriores tendrían derecho a que se unificaran las condenas o las penas según el caso...Esta posición es la sostenida por Eugenio Zaffaroni en su obra Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, año 2002, pág.942. Por lo expuesto es que solicito se revea el cómputo de pena realizado mediante resolución 003/2008 y se incluya en el mismo los plazos de privación de la libertad sufridas por Néstor Fabián Echauri en los autos “ECHAURI, Néstor Fabián s/robo calificado c/arma a Saúl Acosta” (Expte.n° 44/96), “ECHAURI, Néstor Fabián s/infracción art. 166 inc. 2 del C.P.”(Expte.n° 41 “J” del Tribunal Oral Federal de Ushuaia, “GANGEME, Ricardo s/homicidio r/víctima-Tw” (Expte.n° 175/00). Adviértase que una resolución en sentido opuesto implicaría colocar a Echauri en una situación de desigualdad, violatoria del art. 16

de la Constitución Nacional, respecto del resto de los antecedentes resueltos por este mismo Tribunal.

En contestación de la vista conferida desde el Ministerio Público Fiscal el Dr. Gustavo García Anton, Funcionario de Fiscalía, manifiesta que la solicitud de revisión de cómputo de pena interpuesta por la Defensa de Néstor Echauri debe ser rechazada. En primer lugar, cabe señalar que luce similar presentación de la Defensa a fs. 451/vta. de autos, lo que originara en esa oportunidad la resolución del Tribunal n° 3/08, de fs. 459/460vta., en la que rechazara la postulación impetrada, conforme se ha sostenido en autos “YALATAQUE, Adrián Héctor y otros p.s.a. Robo con arma – Puerto Madryn” (Expte. N° 284/01-C.1ra.C.), resolución interlocutoria n° 284/01, posición que, por otra parte, resulta ya criterio sentado por la Excma. Cámara que V.E. preside, agregando otros precedentes en apoyo de su dictamen. Luego, al ser recurrida en Casación la Resolución n° 3/08 por parte de la Defensa, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, mediante Resolución n° 104/08, de fecha 13/05/08, resolvió declarar mal concedido el recurso de Casación, circunstancia que derivó en dos consecuencias relevantes: en primer lugar, adquirió firmeza la resolución n° 3/08, recurrida, y en segundo término, quizás lo más relevante, fue que el Alto Tribunal en sus considerandos ratificó expresamente la postura adoptada en el punto por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de Trelew, enriqueciendo los argumentos ya vertidos por esta. Consecuentemente, el planteo defensorista no puede tener lugar, ya que sobre el tópico propuesto ya existe resolución firme, y por ello V.E. debería declarar inadmisibles las peticiones de mentas, por tratarse de cuestiones ya resueltas en autos.

Ahora bien, se nos presenta aquí una situación sobre la que ya me he expedido en reiteradas oportunidades, es que a Echauri no se le han computado, en el cómputo que luce agregado a fs.444, los tiempos de detención sufridos con anterioridad al hecho por el cual resultara sancionado punitivamente, que hoy reclama su defensa se reconsideren, ya que no había nada para unificar, lo que nos lleva a la primera conclusión de que, en

definitiva, la absolución lo perjudicó, situación que a todas luces deviene injusta y debe ser remediada de alguna forma por la actividad jurisdiccional. Esto es así, pues el imputado en los expedientes 44/96, 41 “J” y 175/00, si bien fue absuelto, sufrió la privación de libertad impuesta por el Estado, esto es, sufrió una pena desde el punto de vista material, por lo que entendemos que debió reconocérsele tales períodos en el cómputo del expediente. Tal solución viene impuesta si se entiende que el poder punitivo no puede ignorar que el imputado sufrió pena por orden estatal sin condena, tal como se entiende a todas las privaciones de libertad sufridas por un imputado antes de la sentencia definitiva, por lo que deberá compensarse tal sufrimiento reconociéndole en el cómputo todos los períodos que la defensa pide y ello en cumplimiento de la exigencia de que todo sufrimiento ilegítimo de prisión antes de una sentencia no sólo es computable sino también COMPENSABLE en el ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena. ( Cfr. ZAFFARONI, E.R./ ALAGIA, A./ SLOKAR,A; Derecho Penal, Parte General , Ediar, Bs As, pag. 901).

En el caso de lo que en doctrina se llama penas ilícitas, es decir, sufrimientos o privación de derechos estatalmente impuestos a los imputados que son penas en sentido material y que el discurso tradicional no las entiende como tales, son aquellas en que el imputado sufre un plus de sufrimiento que no le es computado en la pena impuesta en definitiva y que se dan en muchísimos casos, tales como cuando el imputado condenado ha sido objeto de torturas, vejaciones, malos tratos o sufrió por el hecho una pena natural o privación de libertad anterior al proceso que no se le quiere computar después y que es tiempo existencial irrepetible de una persona- como es este caso- , etc.

Bien, en el caso de autos, entiendo que analógicamente puede aplicarse al caso la solución de compensación que se indica para las penas ilícitas y de esta forma cumplir no sólo con el principio constitucional de humanidad de las penas sino también para evitar la prohibición constitucional de la doble punición, esto es, que se lo sancione dos veces- al menos en parte – por los hechos que cometió, ya que no a otra cosa nos lleva la postura de

no reconocerle al imputado los más de dos años que el Estado le aplicó en forma anticipada al cargarse de más tal período en la pena única de ocho años que en definitiva se le impuso en el expediente indicado en d).

En síntesis, absolutamente todas las consecuencias de la privación de libertad sufridas por las personas imputadas deben tomarse en cuenta y formar parte necesaria de la punición, ya que el Estado no puede- como dice Zaffaroni- confundir lo que debió ser con lo que realmente fué y, en el caso, repetimos, la privación de dos años, nueve meses y siete días fue sin duda una pena en sentido material, por lo que deberá descontarse de la punición final , so pena de incurrir en violación al principio constitucional de humanidad de la penas y de la prohibición constitucional de la doble punición. ( Cfr. ZAFFARONI E.R., Ob. Cit., pag. 126 ) .

Así lo voto, por lo que deberá hacerse lugar a lo peticionado por la defensa publica en cuanto a que en el cómputo definitivo de la pena impuesta en la sentencia que lo condena a la pena de ocho años de prisión ha de tomarse en cuenta los períodos de dos años, nueve meses y siete días que el imputado Néstor Fabián Echauri estuvo privado de libertad en los expedientes nro. 44/96, 41 “J” del Tribunal Oral Federal de Usuhaia y 175/00 de los que resultara en definitiva absuelto.-

OMAR FLORENCIO MINATTA

SERGIO PIÑEDA

PATRICIA ASARO

Ante mi:

REGISTRADA BAJO EL N°

DEL AÑO 2008.- CONSTE.-