

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutoria nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diez días del mes de enero del año dos mil trece, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, **doctores Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri**, para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. 11.087/1: **"Incidente de Excarcelación en términos de Libertad Asistida en favor de D.R.L."**, practican el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Soumoulou, Barbieri y Giambelluca**, y resuelven plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la resolución apelada?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:

El recurso de apelación deducido a fs. 35/39 por la señora Defensora Oficial de la Unidad de Defensa Departamental con sede en Tres Arroyo, doctora Viviana P. Fernández, contra la resolución de fs. 28/30 vta. que deniega la excarcelación en los términos de libertad asistida en favor del encausado D.R.L..

La defensa estructura su impugnación sobre la base de tres agravios: dos centrales y uno subsidiario. En el primero de ellos refiere que la declaración de reincidencia en sentencia condenatoria que no ha pasado en autoridad de cosa juzgada no constituye impedimento para la concesión de la libertad asistida en términos excarcelatorios. Cita jurisprudencia de esta Sala I y del Tribunal de Casación Provincial.

En su segundo agravio arguye que aún encontrándose firme la declaración de reincidencia la prohibición de otorgamiento de la libertad condicional a los reincidentes (art. 14 del C.P.) no determina la aplicación automática de dicha prohibición cuando concurren circunstancias que evidencien una solución irrazonable.

Resalta el dictamen favorable del Departamento Técnico Criminológico del Servicio Penitenciario que evalúa positivamente la reinserción social de L..

Por último subsidiariamente, plantea la inconstitucionalidad de la reincidencia y del artículo 14 del Código Penal en tanto cualquier agravación de la pena o su modalidad de ejecución, en función de la declaración de reincidencia, debe ser declarada inconstitucional por violentar las normas internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 de la C.N.). Funda su tesis y cita jurisprudencia casatoria y doctrina nacional.

En definitiva, teniendo en cuenta que se encuentran cumplimentadas las exigencias legales para la procedencia del beneficio incoado, peticiona se revoque la resolución en alzada y se conceda a L. la excarcelación en términos de libertad asistida.

Analizadas las actuaciones, estimo que la resolución debe ser revocada por las razones que a continuación se exponen.

En lo que aquí interesa D.R.L., fue condenado a la pena de tres años y seis meses de prisión en orden al delito de robo agravado por escalamiento, en fecha 12 de febrero de 2012, pronunciamiento no firme por haber sido recurrido por la defensa ante el Tribunal de Casación Provincial. Se encuentra detenido desde el 14 de enero de 2011 y según los informes institucionales posee concepto bueno, conducta ejemplar diez, y un domicilio familiar en el que viven su pareja y sus hijos, donde residiría en caso de obtener el beneficio por el que pugna (ver inf. institucional de fs. 11vta.; de Secretaría de fs. 26; y ambiental de fs. 36/37vta. de esta Incidencia).

Ahora bien. Este Cuerpo -por mayoría de opiniones- tiene resuelto que la declaración de reincidencia no firme, no obstaculiza el tratamiento del pedido de excarcelación en términos de libertad asistida (v. I.P.P.Nro. 10437/1 y 8964/1). Me remito al fundamento de mi voto en la I.P.P. Nro. 10437/1 "Izaguirre". Allí, sostuve: " ... El art. 169 del C.P.P. dispone que todo detenido podrá ser excarcelado cuando: Inc. 10- "La sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional o libertad asistida y concurren las demás condiciones necesarias para acordarlas."

Por su parte, la ley de ejecución provincial permite en referencia al instituto en tratamiento, el egreso anticipado del condenado seis meses antes del agotamiento de la pena (artículo 104, primera parte), pudiéndose otorgar también el mentado beneficio, al condenado a penas mayores de 3 años de

prisión o reclusión, 6 meses antes del término previsto por el artículo 13 del Código Penal, para la obtención de la libertad condicional (art. 104, segunda parte, de la ley 12.256, modificada por la ley 14.296)".

No caben dudas que, en función del informe actuarial de fs. 26, el supuesto legal a considerar en el caso de marras es el previsto en el segundo párrafo de la norma citada.

Ahora bien. La referida norma exige para la procedencia del instituto la concurrencia de dos requisitos: 1.-) que el beneficiario reúna las condiciones para obtener la libertad condicional (artículo 13 del Código Penal), y 2.-) y que el mismo posea el grado máximo de conducta suceptible de ser alcanzada en el tiempo de internación.

No obstante ser innecesario referirse a este último requisito incorporado por la ley 14.296 y ello en función de la solución que he de proponer, estimo que el mismo en el caso de autos resulta inaplicable de acuerdo a lo previsto por el art. 2º del Código Penal, dado que no se encontraba vigente en la ley al momento de comisión del hecho (11-01-11).

Considero además que, tratándose de un procesado y no de un condenado quien solicita el beneficio de libertad anticipada, los informes criminológicos requeridos resultan innecesarios. Ello en respeto al principio de inocencia, pues tratándose del cumplimiento de una medida cautelar, no puede valorarse por su condición, la evolución criminológica, ni tampoco sus mayores o menores posibilidades de reinserción social, a quien no ha recibido tratamiento de penado.

Por otra parte, la Sala II del Tribunal de Casación Penal Provincial sostuvo: " Los requisitos contemplados en el art. 13 del Código Penal, son sólo exigibles a los condenados y no trasladables a aquél cuya detención importa una restricción procesal, vinculada al aumento verificado de peligro cierto de frustración del proceso o la constatación de los extremos normativos de peligro de fuga y/o entorpecimiento probatorio.(Tribunal de Casación Penal -C. 35.303-14/05/09- del voto del Dr. Celesia).

Entiendo entonces que el fundamento tenido en cuenta por la instancia de grado para rechazar la excarcelación de L., no resulta atendible.

En efecto, la declaración de reincidencia impuesta, no se encuentra firme, de modo que no resulta óbice para la concesión del beneficio requerido (v. sentencia de fs. 818/819 vta. y concesión de recurso casatorio de fs. 825/825vta. de la causa principal que se tiene a la vista).

Así lo tiene dicho nuestro Tribunal cimero en la materia, cuando sostuvo: "... En síntesis, no es aplicable, a los efectos de denegar la excarcelación en los términos de la libertad condicional, el carácter de reincidente de F. decretado por el "a quo", por no encontrarse firme la sentencia que podría llegar a determinar que el nombrado obtenga su segunda condena penal; no importando para el caso, como fuera expuesto por los Sres. Camaristas, que la reincidencia resulte una situación de hecho, en la inteligencia de que la sentencia condenatoria por ellos utilizada para restringir el beneficio petitionado por el encausado, aún no ha pasado ha autoridad de cosa juzgada..." (Sala III, LP

37917 RSD-305-9 S 4-6-2009, Juez CARRAL (SD) CARATULA: F.,J. s/ Habeas Corpus MAG. VOTANTES: Carral-Borinsky).

De la misma manera, resulta improcedente valorar la existencia de peligros procesales para denegar la excarcelación del encartado, pues atento el tiempo de encierro cumplido por el mismo, no se verifica la proporcionalidad que debe mediar entre la medida de coerción dispuesta y el objeto de su tutela (art. 146, inc. 3º del C.P.P.).

En esa línea argumental, el Tribunal de Casación Penal Bonaerense expresó: "...El instituto de la excarcelación en tiempo de libertad condicional es uno de los supuestos legales en que se reglamenta el principio de proporcionalidad en materia de prisión preventiva, según el cual resultaría irrazonable que por una infracción penal hipotética el imputado sufra más durante el procedimiento que con la pena que eventualmente le corresponda, de allí que se disponga excarcelar al acusado cuando el monto de la condena -no firme- y demás condiciones permitirían la aplicación del art. 13 de la ley de fondo si aquél tuviera la condición de penado (art. 169 inc. 10 del rito)... Resulta absurdo exigirle a quien aún conserva el estado de inocencia, por haber impugnado un pronunciamiento que estima injusto, no sólo el cumplimiento de los requisitos demandados por el art. 13 del C.P., sino además, que justifique que aquellos peligros que su probable conducta pudiera generar para la actuación de la ley penal se hallan en el caso neutralizados" (TC2 LP 35985 RSD-640-9 S 23-6-2009 , Juez CELESIA (SD) CARATULA: G.,N. s/ Recurso de casación MAG. VOTANTES: Celesia - Mancini

Por lo expuesto, estimo que D.R.L. cumple con las condiciones legales para acceder al beneficio que solicita (tiempo de detención cumplido, concepto bueno y conducta ejemplar), por lo que corresponde conceder la excarcelación en los términos de la libertad asistida, bajo caución juratoria y con la sola condición de fijar domicilio (arts. 177 y 179 del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI

DIJO: Coincido con la conclusión arribada por mi colega preopinante. Sólo me permito aclarar, tal como lo sostuve en I.P.P Nro. 8964 "Becerra Silva" que corresponde también considerar otros tópicos que refuerzan el convencimiento sobre la posibilidad que el encartado goce del beneficio impetrado.

Así, al igual que el señor Juez a-quo, estimo que el peticionante L. ha cumplido la condición temporal (v. fs. 26).

Señalo también como elemento positivo el informe institucional ya citado en el voto precedente, en el que se refiere que es merecedor de un concepto "Bueno", registrando una conducta ejemplar diez (10). Se agrega por otra parte, que el citado trabaja satisfactoriamente en el sector Vigilancia y Tratamiento realizando tareas de limpieza (en las materas); además actualmente se encuentra en lista de espera para cursar el tercer ciclo educativo y recibe periódicamente la visita de sus familiares (fs. 6 y 7).

Sufrago en el mismo sentido que el colega que me precede.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR

GIAMBELLUCA DIJO: Voy a disentir con la opinión de mis colegas preopinantes por las consideraciones que pasaré a exponer.

Tras haber analizado en forma pormenorizada las presentes actuaciones, concluyo que la resolución dictada por el señor Juez a-quo debe ser confirmada. Así, principio por afirmar que en autos, se ve impedida la posibilidad de conceder el beneficio requerido, habida cuenta la declaración de reincidencia dictada en el fallo condenatorio reseñado supra. En efecto, aún cuando ésta calidad no se hallara eventualmente firme, deviene entiendo, en un obstáculo insalvable y en esta instancia, a los fines de la concesión de la libertad asistida que se pretende (art. 14 del Código Penal).

Tal como lo refiere el señor Juez del Tribunal en lo Criminal N° 1 con sede en Tres Arroyos y la señora Agente Fiscal a fs. 24, la circunstancia de reincidencia, autoriza el rechazo del recurso, dado que pesa sobre el encartado ese estado, que se constituye en valladar para el otorgamiento del beneficio, específicamente al no cumplir uno de los requerimientos que establece el ordenamiento procesal (Me remito, en el mismo sentido a mi voto en disidencia en la I.P.P. Nro. 10437/1 "Izaguirre").

Todo lo expuesto, me permite concluir que la resolución en crisis, se encuentra ajustada a derecho, proponiendo al acuerdo su confirmación.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde revocar -por

mayoría de opiniones-, la resolución apelada de fs. 28/30 vta. y no hacer lugar al beneficio solicitado.

Los señores Jueces, doctores Barbieri y Giambelluca, por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, enero 10 de 2013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto **-POR MAYORIA DE OPINIONES-**: Que no es justa la resolución recurrida de fs. 28/30 vta..

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **SE RESUELVE: REVOCAR** - por mayoría de opiniones- la resolución de fs. 28/30 vta. que deniega la excarcelación en los términos de libertad asistida en favor del encausado D.R.L. (art. 169 inciso 10 del C.P.P.).

En consecuencia, devolver sin más trámite los autos principales al órgano de origen, con sede en Tres Arroyos.

Hacer lugar al beneficio excarcelatorio en términos de libertad asistida, debiéndose labrar el acta correspondiente por ante personal del Servicio Penitenciario, debiendo constituir domicilio (artículo 169, inciso 10 y ccdtes.), previo cotejar la inexistencia de anotaciones a disposición de otros órganos jurisdiccionales y donde deberán realizarse las notificaciones de rigor (artículos

169 inciso 10 del Código Procesal Penal en relación al art. 104 de la ley de ejecución penal provincial texto anterior; 439, 440 y 447 del rito).

Notificar. Fecho devolver a la instancia de origen.