

Expediente Nro. trece mil cuatrocientos decinueve.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los tres días del mes de noviembre del año dos mil quince**, 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 Gustavo Angel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 13.419/I "L.J.M. s/ inc. de libertad condicional"** prescindiéndose del sorteo previsto en el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 41 de la ley 5827 -reformada por la nro. 12.060, atento la prevención (informada a fs. 95) siguiéndose este orden Barbieri, Soumoulouy Giambelluca (Magistrado que intervendrá en caso de corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es nula la concesión del recurso interpuesto ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI: Interpone recurso de apelación la Sra. Auxiliar Letrada del Área de Ejecución Penal de la Defensoría Oficial Departamental -Dra. Paola Panis a fs. 60/62 y vta.-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez de Ejecución Penal Departamental -Dr. Claudio Brun a fs. 53/57 y vta.-, por la que no hizo lugar a la libertad condicional peticionada en favor de J.M.L..

Expresa, criticando la decisión del Juez A Quo, que los informes del departamento técnico criminológico no son vinculantes; entiende que no puede valorarse en sentido desfavorable a su asistido que no esté aprovechando el

tratamiento penitenciario para obtener herramientas tendientes a su adecuada reinserción en el medio libre, lo que además resultaría contrario a lo dispuesto por el art. 5 de la resolución nro. 2/2010 del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en tanto no existen constancias de que efectivamente hayan estado a su disposición las posibilidades de ingresar a programas de tareas laborales o educativas.

Agrega que más allá de que su capacitación sea recomendable, la decisión de no realizar tareas en esa dirección, en último término, no puede ser una razón obstativa de la libertad condicional.

Cuestiona la valoración que realiza el Juez sobre el núcleo familiar del penado, con el que viviría en caso de otorgarse el beneficio, ya que el grupo ha resultado contenedor y dispuesto a recibirlo.

Agrega que la conducta ejemplar (9) y el concepto bueno del que goza su asistido, dan cuenta de que ha cumplido regularmente los reglamentos carcelarios, en los términos del art. 13 del Código Penal. Solicita se revoque el decisorio y se haga lugar al beneficio.

Efectuada una síntesis de los agravios y analizado el contenido de la resolución, considero que corresponde disponer la nulidad de la concesión del remedio dispuesta por el Magistrado de Primera Instancia a fs. 63, pues advierto una vulneración al derecho de defensa del justiciable, en tanto no se le ha tutelado el ejercicio de una defensa técnica efectiva, en relación a la apelación interpuesta "in pauperis" (claro ejercicio de su defensa material) contra la sanción que se le impusiera en el incidente nro. 18122 del Juzgado de Ejecución Penal (ver fs. 25); remedio que fuera declarado inadmisibile por el A Quo por falta de motivación de los agravios (y que se relaciona con la intención recursiva expresada a fs. 28 del incidente nro. 18122, que fue rechazada "por improcedente" por el A Quo, a fs. 29).

Tal como lo resolviera en la I.P.P. Nro. 9698/I de este Cuerpo entre otras, afirmo que advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante este

Cuerpo puede entender en su tratamiento en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201 y 203 segundo párrafo del Código Procesal Penal, y en relación con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

Conforme manda el artículo 203 del citado Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional.

En el sentido apuntado, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentren involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

Como expresé precedentemente, no se ha tutelado jurisdiccionalmente el derecho de L. a contar con una defensa técnica efectiva, ya que en ningún momento se ha brindado fundamentación jurídica suficiente a la intención recursiva que expresamente formuló (en uso de su defensa material) al notificarse de la resolución que confirmó la sanción disciplinaria que le impusiera la autoridad penitenciaria (y que confirmó el Juez A Quo), al no permitir el egreso de sus visitas, en los términos del art. 48 incs. "b", "e" y "j" de la ley 12.256 (modif. por ley 14296).

Esa sanción fue valorada entre las circunstancias que tuvo en cuenta el Juez de Ejecución para denegar la libertad condicional (fs. 56 vta.).

Tengo en cuenta que, aun cuando oportunamente, y en conocimiento de la intención recursiva expresada por el condenado a fs. 25 del incidente de apelación de sanción, la defensa formuló el correspondiente protesto contra la resolución dictada por el Juez de Ejecución (fs. 26 y tal como lo habilita el

art. 57 de la ley de ejecución penal bonaerense); a la fecha la sanción impuesta no ha sido debidamente impugnada y, existiendo una manifestación impugnativa "in pauperis" del penado, no podría soslayarse su tratamiento recursivo sin provocar la indefensión a L. y, por lo tanto, una vulneración a sus derechos constitucionales.

Es que, y tal como sostuve en la I.P.P. nro. 12.641/1 resuelta el 30/12/14, si bien la sanción impuesta ha recibido el disconformismo de la defensa técnica (ante la resolución del Servicio Penitenciario y la confirmación del A Quo), el diferimiento de la intervención jurisdiccional para que esta Cámara se avoque a revisar la denegatoria de la libertad condicional con fundamento en la existencia de esa falta disciplinaria -entre otras razones-, requería que en "esta oportunidad" se hubieran plasmado los motivos por los que se pretendía impugnar aquella sanción. Este era el momento en que -por imperativo previsto por el legislador provincial en el artículo antes citado- la defensa técnica debió agravarse y fundamentar su protesto.

Debe tenerse en cuenta que el efecto jurídico de la manifestación de protesta, importa reservar el contenido del cuestionamiento para la oportunidad que ofrece este espacio revisor, es decir, conjuntamente con la apelación de la denegatoria del beneficio. La carencia de utilización de esa facultad deja en pie, entonces, y al menos por el momento, las decisiones dictadas, ya que no podría admitirse la vía (discusión de la aplicación de la sanción y el consecuente rechazo de la libertad condicional) sin la correspondiente expresión de los concretos motivos de agravios, pues el contralor de este Cuerpo se hace imposible (conforme arts. 21, 434, 439, 443, 498 y ccdtes. del C.P.P. y 57 de la ley de ejecución penal).

Como anticipé, la inadmisibilidad que se impone en relación al protesto carente de fundamentación y que fue articulado por la defensa a fs. 26 del incidente de apelación de sanción, provocaría una vulneración de derechos constitucionales del justiciable, ante su expresa voluntad recursiva plasmada en ese incidente, que hoy se encuentra huérfana de respaldo argumental jurídico.

Al existir constancia de esa manifestación impugnativa, propia de la defensa material que ha efectuado el propio privado de la libertad, el Sr. Juez de Grado debió procurar que no quedara desprovista de fundamentación jurídica al momento en que correspondía el tratamiento por esta Segunda Instancia; que es lo que en definitiva ocurrió. Con la consecuencia de dejar sin revisión una sanción que es utilizada como denegatoria de la libertad condicional.

Tal como expresé en la I.P.P. Nro. 9215/I en fecha 3/3/2011, entiendo que la manifestación de un justiciable -máxime si está privado de su libertad- debe considerarse voluntad recursiva suficiente configurativa del pleno ejercicio de su derecho de defensa en juicio, junto a su derecho a que sea revisada por un órgano superior una resolución judicial definitiva o auto importante que la disconforma. El protesto efectuado -aun cuando nominalmente L. haya utilizado el término "apelo"- fue realizado en tiempo procesal oportuno -en las dependencias de la penitenciaría- por lo que correspondía que su Defensa Oficial encauce su trámite y fundamente esa pretensión. El A Quo debió tutelar que ello ocurra y no declarar inadmisibile el recurso interpuesto por falta de motivación -fs. 28 del inc. 18.122-, exigiendo que sea el privado de libertad quien tenga los conocimientos acerca de los argumentos técnicos necesarios para actuar plenamente en el procedimiento penal.

Tal situación conllevaría a cristalizar un estado de indefensión, lo que entiendo debe enmendarse al momento de evaluar la concesión de la apelación, procurando dotar de motivación a la pretensión recursiva, a través de su defensa técnica.

No advierto, entonces, otra solución que declarar la nulidad por indefensión y reenviar los autos para reedición de los actos, en este caso la debida fundamentación de la presentación (única manera de mantener vigentes el derecho al debido proceso y el derecho de defensa en juicio), ante la posibilidad de que hubieran existido defensas (reales y efectivas) de las que se pudo ver privado L..

En tal sentido podemos leer: "...Según ha mencionado la C.S.J.N. en varias oportunidades, la garantía en examen requiere que ella sea observada algo más que formalmente. Con otras palabras, que no basta con que una persona cuente con asesoramiento legal, ese asesoramiento debe ser efectivo. nota: con igual criterio se expidió el derecho norteamericano en GEDERS V. UNITED STATES, 425 US 80 (1976) y WEATHERFORD V. BURSEY, 429 US 545 (1977)..." ("Garantías Constitucionales en el proceso penal", Alejandro Carrió, Editorial Hammurabi, pág. Nº 566), siendo que a fs. 568 a 572 de la misma obra el reconocido autor cita los fallos "Magui Agüero", "Scilingo", "Cardullo", "Moyano" y "Ojer González" donde el Máximo Tribunal Nacional sienta esa sana doctrina).

Nuevamente la Corte se expidió en "Rojas Molina" (fallos 189:34) y fue más allá aún en el conocido "NUÑEZ Ricardo A." donde el Tribunal no se limitó a reconocer la responsabilidad que en la afectación de este derecho le cupo a los asesores letrados sino que, además, destacó la falta de los Jueces de las instancias anteriores quienes no salvaron la insuficiencia de asistencia técnica, pese a estar obligados a hacerlo. El deber de velar por la garantía de defensa en juicio es una obligación que el Máximo Tribunal reconoce tanto en cabeza de los defensores como de los jueces en tanto funcionarios del Estado (ídem en "Nacheri, Alberto Guillermo s/ homicidio agravado y robo calificado").

Se generarían vicios de imposible reparación (encontrándose en juego la garantía de la doble instancia en cuestiones relacionadas a la privación de la libertad) por lo que -reitero- opto por la declaración de nulidad de la concesión del recurso y el reenvío para que se de traslado a la defensa para que funde -si tal es su criterio y en esta oportunidad- la intención recursiva manifestada "in pauperis" por el justiciable a fs. 25 del incidente de apelación de sanción nro. 18.122 (arts. 1, 18 y 75 inc. 22 de la C.N. en relación con los arts. XVIII y XXVI de la D.A.D.D.H.; arts. 8 y 10 de la D.U.D.H.; art. 8 inc. e) de la C.A.D.H. y art. 14 del P.I.D.C.y.P.; arts. 10 y 15 de

la C. Prov.; 201, 203, 421, 433, 439, 497y ccdtes. del Rito, y arts. 48 incs. "b", "e" y "j" y 57 de la ley 12.256, modif. por ley 14296).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufragio en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde declarar la nulidad de la concesión del recurso de apelación y el reenvío para que se otorgue traslado a la defensa a fin de que -si lo considera corresponder y en esta oportunidad- funde la intención recursiva manifestada "in pauperis" por el justiciable a fs. 25 del incidente de apelación de sanción nro. 18.122 (arts. 1, 18 y 75 inc. 22 de la C.N. en relación con los arts. XVIII y XXVI de la D.A.D.D.H.; arts. 8 y 10 de la D.U.D.H.; art. 8 inc. e) de la C.A.D.H. y art. 14 del P.I.D.C.y.P.; arts. 10 y 15 de la C. Prov.; 201, 203, 421, 433, 439, 497y ccdtes. del Rito, y arts. 48 incs. "b", "e" y "j" y 57 de la ley 12.256, modif. por ley 14296).

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, noviembre 3 de 2.015.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que es nula la concesión del recurso interpuesto.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** declarar la nulidad de la concesión del recurso de apelación de fs. 63, y el reenvío para que se otorgue traslado a la defensoría oficial, con el fin de que si tal es su criterio, funde en esta oportunidad la intención recursiva manifestada "in pauperis" por el justiciable a fs. 25 del incidente de apelación de sanción nro. 18.122 (arts. 1, 18 y 75 inc. 22 de la C.N. en relación con los arts. XVIII y XXVI de la D.A.D.D.H.; arts. 8 y 10 de la D.U.D.H.; art. 8 inc. e) de la C.A.D.H. y art. 14 del P.I.D.C.y.P.; arts. 10 y 15 de la C. Prov.; 201, 203, 421, 433, 439, 497 y ccdtes. del Rito, y arts. 48 incs. "b", "e" y "j" y 57 de la ley 12.256, modif. por ley 14296).

Devolver a la instancia los incidentes requeridos agregando copia autenticada de esta resolución al legajo de pena.

Notificar en esta incidencia. Hecho remitirla a la instancia de origen.