

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES****PODER JUDICIAL**

Reg:25 Folio:567

En Pergamino, a los días del mes de marzo de dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Pergamino, **Dres. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE**, bajo la presidencia de la primera de las nombradas, para pronunciar resolución en la **Causa N° 5189-2019 (del Registro de esta Alzada)** caratulada "*Borcard, Daniel benjamín s/ pena a cumplir - PE-12774-2018*", de trámite por ante el Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de Junín, con competencia en esta departamental, practicado que fue en su oportunidad el sorteo de ley, resultó que en la votación a efectuarse debía ser observado el siguiente orden: **Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE**.

ANTECEDENTES:

Arriba la presente causa a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs.140 y vta. por el Sr. Defensor Particular Dr. Aquilino Giacomelli contra la resolución del Sr. Juez de Ejecución de fecha 15 de noviembre del año 2018, en la cual no hace lugar al pedido de salidas transitorias que fuera oportunamente solicitado en favor del penado Borcard Daniel Benjamín, por no encontrarse reunidos los requisitos legales para su procedencia (art. 56 bis de la ley 24.660)

Se agravia el recurrente y hace mención a que con carácter previo se corrió vista al MPF, y éste se opuso a la concesión del beneficio impetrado por estar su defendido condenado por el delito de Homicidio en ocasión de robo en los términos del art. 165 del C. Penal, hecho acaecido el día 25/04/2010, resultando ello un

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES****PODER JUDICIAL**

impedimento insalvable por aplicación de dicha normativa.

A su criterio el a quo ha resuelto denegar aplicando una norma que no estaba vigente al momento del hecho sentenciado en autos, ya que el art. 56 bis de la ley 24.660 no existía al momento del hecho.

Agrega incluso que el actual art. 100 de la ley 12.256 fue modificado por ley 14.296 de fecha 16 de octubre del año 2.011, posterior a la del hecho que de autos.

Así, sostiene el Dr. Giacomelli que se ha resuelto violentando el art. 2 del C.P. de la ley penal más benigna, y sin sustanciación de los elementos subjetivos para resolver la petición efectuada.

Por todo lo expuesto, solicita se revoque la resolución dictada por el señor juez de grado por arbitraría e infundada; ordenándose se realicen los informes correspondientes del SPB y se resuelva conforme al derecho vigente al momento del hecho.

Estudiados los autos, se resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

PRIMERA: ¿Resulta admisible el remedio impugnativo intentado?

SEGUNDA: ¿Se ajusta a derecho la resolución impugnada?

TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **PRIMERA CUESTION** la Sra. Jueza, **Dra. Mónica GURIDI**, dijo:

El remedio impugnativo del Sr. Defensor particular ha sido deducido en tiempo, se interpuso contra uno de los presupuestos contemplados por la norma



227402091000732522



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

a los cuales le habilita la vía recursiva y finalmente se han cumplimentado las formas prescriptas para su articulación.-

En función a ello considero que debe declararse admisible. (arts. 421, 439, 441, 442, 498 y ccdts. del C.P.P.).-

Voto en consecuencia por la afirmativa.-

A la misma cuestión la Sra. **Jueza Dra. María Gabriela JURE**, por análogos fundamentos vota en igual sentido.-

A la **SEGUNDA CUESTION**, la Sra. Jueza, **Dra. Mónica GURIDI**, dijo:

En primer término, y en coincidencia con el Sr. Defensor, he de señalar que resulta criterio del Cuerpo que integro que, en materia de validez temporal de la ley penal, rige la regla general según la cual se aplica la ley vigente en el momento de la comisión del delito (principio de irretroactividad), ello como consecuencia directa del principio de legalidad, que como regla general, las leyes penales rigen para el futuro (art. 2 del C.Penal).

Dentro de tal interpretación el principio de irretroactividad de la ley comprende también las normas procesales, toda vez que el art. 2 del C.Penal debe regir respecto de cualquier ley penal más favorable al imputado, sea sustantiva o adjetiva, criterio desarrollado por Zaffaroni en "Tratado de derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 120/124.

El fundamento de tal directriz radica en proteger a los ciudadanos para que las previsiones legales relativas a su comportamiento no sean modificadas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

ex post en su perjuicio, por lo que si a posteriori de cometido el hecho, se adopta un régimen más favorable, ese cambio de concepción jurídica deberá beneficiar al acusado pero de ninguna manera podrá afectarlo.-

En tal sentido el reciente fallo del Tribunal Oral Federal de Mar de Plata, de fecha 8 de septiembre del año 2017 en incidente FMP 2252/2015/T01/13 establece: *"Sobre el particular el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - documentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional (...), no distingue entre normas materiales, procesales o penitenciarias, únicamente proscribe la retroactividad de la ley penal perjudicial. Y un principio esencial del Derecho penal se cifra en adoptar la interpretación más favorable, lo que en este caso implica proscribir toda concepción restringida de la cláusula constitucional. Así, la prohibición de retroactividad perjudicial alcanza inevitablemente a las normas de ejecución penal que afectan la libertad del condenado puesto que, como ya se ha sostenido, la regulación de los beneficios penitenciarios obedece a las reglas de la prevención especial, es decir que se halla bajo los alcances de la individualización judicial de la pena. (Vargas Huber Huayllani. "Alcances sobre la irretroactividad de la ley penal desfavorable y normas procesales" en DPO - Derecho Penal Online. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho/>." (sic)*

Sentado lo expuesto, y en tarea de resolver el presente, previamente he clarificar que existe un yerro en el planteo de la Defensa respecto a la vigencia de las normas que regulan el instituto de las salidas



227402091000732522



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL
transitorias que impetra.

Así, el Dr. Giacomelli sostiene que el art. 56 bis de la ley 24.660 no existía al momento del hecho por el cual recibiera condena Borcard.

Relevando los datos de la causa, tengo para mí que, el hecho que diera motivo a la sentencia condenatoria del nombrado acaeció el *día 25 de abril del año 2010*; la modificación a la ley 24.660 por ley 25.948 que introdujo el art. 56 bis a la primera, *fue promulgada el día 11 de noviembre del año 2004*; sin perjuicio de lo cual, la ley provincial N° 12.256 recibió la introducción de idéntica restricción en su art. 100 por ley 14.296 en *fecha 16 de octubre del año 2011*.-

Así, nos encontramos que al momento del hecho por el que fuera condenado Borcard existían dos normas de ejecución vigentes: la ley 24.660 y la ley 12.256, siendo la primera más gravosa que la segunda en torno a la admisibilidad del instituto de las salidas transitorias por el tipo de delito.-

Corresponde señalar, ante todo, que desde esta Alzada hemos dicho reiteradamente que nuestra Constitución Nacional establece el sistema federal de gobierno (art. 1°), lo que implica el otorgamiento de distintas facultades legislativas a la Nación y a las Provincias, quedando reservado a la primera lo que refiere a la materia sustantiva penal (art. 75 inc. 12 Constitución Nacional).-

Asimismo, existe unanimidad a la hora de afirmar que la ejecución de la pena privativa de la libertad -tal como lo establece la propia Ley N° 24.660- forma parte del Código Penal.-

Sin perjuicio de ello, en modo alguno



227402091000732522



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

significa que las provincias no conserven para sí la potestad de legislar en la medida que no se controvejan los principios y la naturaleza misma de la ejecución de la pena, en este caso establecida por el Congreso Nacional a través de la Ley N° 24.660.-

En el particular, teniendo en cuenta que Borcard fue condenado por el delito de homicidio en ocasión de robo, en los términos del art. 165 del C.P. (ver sentencia de fs. 6/25 y vta., confirmada por el TCP Sala IV conf. fs. 26/45 y vta., ambas citas de este legajo), emerge del texto del artículo 56 inciso 5 de Ley N° 24660, Capítulo incorporado por Ley 25948 (BO 12/11/2004), una expresa restricción para conceder las salidas transitorias.-

Sin embargo, del examen de la ley de ejecución penal provincial N° 12.256 -vigente al momento de comisión del hecho en la causa que diera origen a la presente incidencia- surge que dicha restricción no encuentra su correlato.-

Es que el artículo 100 de la ley citada no preveía tal impedimento en el momento antes referido, acaecido el 25 de abril de 2010, por cuanto el artículo en cuestión fue reformado en términos similares a la legislación nacional en el año 2011 (Publicación en B.O. del 8/9/2011).-

Por ende, la posibilidad de incorporación al régimen de salidas transitorias, en el presente caso, sería viable para Borcard por imperio de la normativa provincial más beneficiosa, siempre que reúna las demás condiciones exigidas; todo lo cual amerita la solicitud previa de informes y legajo del SPB.-

Conforme ha sido reiterado por el Tribunal que integro, es claro que destacado el antagonismo



227402091000732522



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

sustancial existente entre las leyes que regulan la ejecución penal provincial respecto de la nacional, se debe aplicar la ley que represente mayores beneficios al imputado (art. 1 y 3 del CPP).-

Esta interpretación, se adecua asimismo, al plafón de validez estipulado por la Corte Nacional el 23/4/08, en "*Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, párr. 1 ley 23.737 - C28/05, A.21861.XLI*", cuando impone "... el principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...".-

Asimismo, la Sala Primera Tribunal de Casación Penal Buenos Aires, el 26 de septiembre 2006 en Causa 23.055, con voto del Dr. Sal Llangués en relación a las leyes N° 24.660 y N° 12.256 dijo: "... no creo que exista tal conflicto de competencias entre las facultades del gobierno nacional y provincial. Visto que una misma materia ha sido regulada por el gobierno central y el local, corresponde un cotejo en orden a la benignidad de cada uno y luego a su razonabilidad. Me explico: si -como en el caso- hay una superposición normativa en la regulación del mismo instituto, se impone primero verificar cuál de las dos resulta más beneficiosa a los intereses del imputado. Por lo tanto, del análisis de la regulación de la libertad asistida en ambas leyes, resulta más beneficiosa el que regula la 12.256. De no



227402091000732522



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

darse que la norma desnaturaliza por completo aquélla de orden nacional, es ésta la que corresponde aplicar al caso. Y no se crea que por aplicar una norma provincial más benigna se viola la igualdad ante la ley establecida en la Carta Magna, pues corresponde siempre -atento al espíritu liberal que inspira la Constitución- estar a la mayor concesión de derechos o, lo que es lo mismo, a la menor injerencia estatal en el ámbito privado. Es "nivelando para arriba" como mejor se realiza el estado de derecho, no a la inversa ...".- (sic)

Por lo expuesto, debe dejarse sin efecto el decisorio recurrido, reenviándolo a la instancia de origen a fines de que, previo examen de los extremos y condiciones que requiere la concesión de las salidas transitorias (formación de legajo y pedido de informes al SPB, entre otros), se expida conforme lo resuelto.-

En razón de lo expuesto, **voto por la negativa.**-

A la misma cuestión, la Sra. Jueza **Dra. María Gabriela JURE** adhiere por sus fundamentos al voto de la colega preopinante, en el mismo sentido.-

A la **TERCERA CUESTION** planteada la Sra. Jueza, **Dra. Mónica GURIDI**, dijo:

Atento como ha sido resuelta la primer cuestión, propongo al acuerdo revocar la resolución impugnada, con reenvío de las actuaciones a efectos de que el a quo se expida sobre la petición defensista, previo requerimiento al Servicio Penitenciario de los informes correspondientes para el análisis de su viabilidad, (arts. arts. 1, 3, 421, 439 y ccs. del CPP; 1, 16, 18, 75 inc. 22 de la C.N., 8. 2 h) CADH; y 100 2 de la ley N° 12.256).-



227402091000732522



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Así lo voto.-

A la misma cuestión, la Sra. Jueza, **Dra. María Gabriela JURE** adhiere por sus fundamentos al voto de la colega preopinante, en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente, **RESOLUCION:**

I.-) Declarar admisible el remedio impugnativo intentado.-

II.-) Revocar la resolución impugnada, en cuanto deniega a Daniel Benjamín Borcard la solicitud de salidas transitorias, con reenvío de las actuaciones a la instancia de origen efectos de que el a quo se expida sobre la viabilidad de la petición defensista, previo requerimiento al Servicio Penitenciario de los informes correspondientes, en la **Causa N° 5189-2019 (del Registro de esta Alzada)** caratulada "*Borcard, Daniel Benjamín s/ pena a cumplir - PE-12774-2018*", de trámite por ante el Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de Junín, con competencia en esta departamental (arts. arts. 1, 3, 421, 439 y ccs. del CPP; 1, 16, 18, 75 inc. 22 de la C.N., 8. 2 h) CADH; y 100 2 de la ley N° 12.256).-

III.-) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.-