

Causa N°: 34894-2.-

G. C. J. S/ ROBO SIMPLE REITERADO.-

///cedes, de marzo de 2018.-

**AUTOS Y VISTOS:**

Los de las presentes actuaciones, venidas a esta Instancia a raíz del recurso de apelación en subsidio interpuesto por Fiscal, Dr. Horacio Chiminelli a fs. 9/12 y mantenido por el Sr. Fiscal General Adjunto, Dr. Leandro Marquiegui a fs. 21/vta., contra el auto que en copia luce a fs. 6/8, en cuanto se dispuso no aplicar el artículo 11 bis de la ley 24660 –Ley 27.375- con respecto al pedido de libertad condicional solicitado a favor de J. G. C.

**Y CONSIDERANDO:**

I) Que corresponde, en primer lugar, trazar con precisión el contorno de la cuestión a decidir. La problemática objeto del recurso remite al punto de partida temporal de la aplicación del artículo 11 bis de la ley 24.660 (texto según ley 27.375).

Para el Juez de Ejecución, el temperamento correcto consiste en adoptar como fecha dirimente la de la comisión del delito en función del cual se impuso la pena que se está ejecutando; y si concluye en este sentido, es porque entiende que aquél precepto legal rige en todo el territorio nacional en la medida que el artículo 229 de la ley 24660 le adjudica la calidad de complementarias del código penal a los disposiciones que ella misma estipula en materia de libertad condicional (entre otros institutos). Así pues, el citado artículo 11 se encontraría alcanzado por el principio de irretroactividad de la ley penal. También es útil reseñar que en la interpretación del Juez de Ejecución gravita la tesis que equipara (al menos en el plano funcional) “las normas consideradas como penales con la consideradas como procesales” (v fs.6/8).

El Ministerio Público Fiscal lejos se encuentra de compartir este criterio aunque es pertinente consignar que las bases de la argumentación desarrollada por el Juez de Ejecución no quedaron intervenidas por la crítica recursiva. Esto es, el foco de la impugnación, antes de estar dirigido a cuestionar la injerencia en el caso del principio de irretroactividad de la ley penal, fue colocado en que la reforma introducida por el legislador nacional no le genera ningún tipo de perjuicio a la situación procesal del imputado y resulta entonces de aplicación inmediata (v fs.9/12).

II) Vamos a explicar en forma breve que en nuestra opinión el recurso ha sido bien concedido por el Juez de Ejecución. En efecto, aún cuando se hiciera a un lado la regla amplia del artículo 498 del C.P.P., es innegable que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para articular, en interés de la víctima, la cuestión que ahora resulta materia de recurso (cf. artículo 59 inciso 4° C.P.P.). Por lo demás, estamos frente a la oportunidad procesal que exhibe mayor eficacia para dilucidar el alcance del derecho a audiencia que el artículo 11 bis de la ley 24.660 estructura a favor de las víctimas del delito. Bajo este prisma, nos pronunciamos sin hesitaciones por la admisibilidad del recurso de apelación.

III) Sorteado en forma favorable el juicio de admisibilidad, es conveniente recordar que el artículo 11 bis de la ley 24.660 representa una manera específica de instrumentar el derecho de la víctima a ser informada y oída cuando los Jueces de Ejecución Penal son llamados a tomar las decisiones que el mismo texto legal se encarga de catalogar; entre ellas se encuentra incluida la libertad condicional (cf. artículo 13 del C.P.).

Por su lado, el artículo 229 del mismo cuerpo normativo consigna que “esta ley es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida”.

Siguiendo este cuadro de referencia, adquiere primacía dilucidar un interrogante que no pasa desapercibido aunque el recurso fiscal no lo haya puesto en juego. Pues si los Jueces debemos conformar nuestras decisiones al contexto normativo vigente en nuestra esfera de competencia territorial, ingresa en el núcleo de consideración el problema de la eficacia (concepto que se emplea como equivalente al de vigencia espacial) del artículo 11 bis de la ley 24.660 en la Provincia de Buenos Aires. O puesto explícitamente en forma de pregunta: ¿es aplicable, en función del sistema de distribución de competencias legislativas del Estado Federal, el citado precepto legal en el orden local?.

La resolución de este interrogante está subordinada a una serie de puntos subyacentes que permitirán despejar la cuestión. Vayamos a cuentas sin más introducciones.

En primer término, es pertinente notar que el artículo 11 bis de la ley 24.660 contiene un dispositivo de naturaleza procesal penal; pertenece – en sentido estricto – al denominado proceso penal de la ejecución penal (cf. Maier, Julio, “Derecho Procesal Penal”, II Parte General, Editores del Puerto, Bs.As., 2013, pág.166). Nos estamos apartando, al realizar la precedente afirmación, de la tesis seguida por el Juez de Ejecución en torno a que no es posible diferenciar al derecho penal material del procesal penal. Por el contrario, y sin desconocer la existencia de una intersección o zona fronteriza donde la distinción se vuelve difusa, entendemos que la clásica noción que le adjudica una función instrumental al derecho procesal, informada por el fin de conducir la aplicación del derecho sustantivo mediante una serie de actos progresivos asociados al paradigma constitucional del juicio previo (debido proceso), sigue siendo un criterio para justificar la aludida distinción.

En esta perspectiva, atendiendo a la función instrumental que poseen los mecanismos orientados a salvaguardar el derecho de la víctima a ser informada y escuchada antes de la producción de una serie de actos procesales propios de la ejecución penal, tenemos para nosotros el convencimiento de que el artículo 11 bis de la ley 24.660 merece ser calificado como de índole procesal.

De lo expuesto se desprende que, en principio, tal normativa no sería hoy por hoy aplicable en el ámbito territorial de la Provincia de Buenos Aires como consecuencia del reparto de competencias constitucional (artículo 5º y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional) dirigido a resguardar como facultad privativa de cada provincia el dictado de las normas procesales. Claro que aquí no termina la cuestión. Es preciso aún analizar si

la complementariedad a la que hace alusión el artículo 229 de la ley 24.660 (predicada respecto del código penal) no hace prevalecer y torna operativo al artículo 11 bis en todo el territorio de la Nación.

Pues bien, ¿cuál es el sentido y alcance de dicha complementariedad? Si convenimos en que algo complementario es lo que se añade a otra cosa para hacerla mejor o más íntegra (completa), es razonable interpretar que dicha calidad de la ley 24.660 respecto del código penal (en lo que hace al cómputo de la pena, libertad condicional y libertad asistida) siempre se ubica en el plano del derecho material o sustancial y sin desbordarlo en el sentido de alterar la distribución de competencias programada por la Constitución Nacional. Esto se ve claro en relación con la libertad asistida (artículo 54 de la ley 24.660) al no estar legislada en el Código Penal. También cabe adjudicarle un sentido complementario al primer párrafo del artículo 28 de la misma ley en lo que atañe al instituto de la libertad condicional. En cambio, si incluyéramos en la complementariedad los aspectos procesales tratados por la ley 24.660 estaríamos justificando una extralimitación del legislador nacional en su esfera de competencias, hipótesis que debe descartarse por no resultar coherente con la invitación que el artículo 228 del mismo texto legal dirige a las Provincias para que readecuen su legislación penitenciaria – lo cual indica a la par el respeto del legislador nacional por el reparto constitucional de competencias.

IV) Vale aclarar que el enfoque que venimos sosteniendo es susceptible de replicarse en esencia si fijamos la mirada en el campo de aplicación del artículo 12 de la ley 27.372. Efectivamente, este dispositivo normativo (prácticamente idéntico al artículo 11 bis de la ley 24.660) forma parte de una ley que define el estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal y acuerda también una serie de derechos que pueden calificarse como extraprocesales. Está claro, a nuestro modo de ver, que la estructura de la ley es procesal y, en tal calidad, carece de eficacia operativa en el ámbito territorial de nuestra Provincia.

Unas pocas observaciones son necesarias para justificar esta posición. Así, conviene detenerse en que las metas u objetivos trazados por el artículo 3º de la ley 27.372 están destinados a ser alcanzados mediante acciones desplegadas al interior del proceso penal. En simultáneo, no puede soslayarse que el Capítulo IV de esta ley introdujo modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación. Y, por fin aunque con mayor y decisiva trascendencia, el artículo 37 invitó a las Provincias y a la Ciudad de Buenos Aires “a readecuar su legislación procesal a efectos de garantizar en sus jurisdicciones los derechos de las víctimas que se reconocen en la presente ley”. Parece redundante aclarar que esta proposición expresa el respeto por la cláusula residual de la Constitución Nacional.

Viene a reforzar esta posición, la circunstancia que informa respecto a que la ley 27.372 vino a remediar, en parte, la suspensión de la vigencia de la ley 27.063 (nuevo C.P.P.N) que se dispusiera mediante el decreto 257/2015, la cual instrumentaba, para el ámbito nacional, la actuación de la víctima en el proceso penal (título III, ley 27.063).

Por otra parte, puede afirmarse - sin temor a fallar el razonamiento - que los derechos de la víctima en la Provincia de Buenos Aires no se encuentran por debajo de las regulaciones contenidas en la ley nacional; antes bien, el sistema procesal penal implementado a través de la ley 11.922 regula en forma particular los derechos de la

víctima en su calidad de parte procesal (cf. artículo 83 y ss. del C.P.P.; nótese que el art.86 inc.4º hace expresa alusión a la ejecución de la pena) y la Ley Orgánica del Ministerio Público posee un capítulo específico dedicado a “la asistencia y protección a la víctima” (cf. artículo 49 y ss de la ley 14.442).

Por ende, más allá de las adecuaciones que el legislador provincial pueda llegar a introducir a futuro, conforme sus indelegables criterios de oportunidad y conveniencia, creemos pertinente destacar que la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires satisface los estándares constitucionales de promoción y protección de los derechos de la víctima.

En resumidas cuentas, siendo que el dispositivo del artículo 11 bis de la ley 24660 (texto según ley 27.375) es de carácter instrumental, esto es, su punto de inserción reside en el procedimiento para actuar la libertad condicional (cf. artículo 13 C.P.), y que en igual sentido puede predicarse del artículo 12 de la ley 27.372, en la Provincia de Buenos Aires al día de hoy los Jueces intervinientes no tienen el deber procesal de comunicar a la víctima del delito que se ha iniciado el trámite de la libertad condicional (entre otros institutos propios de la etapa de ejecución de la pena) a fin de asegurar su derecho de audiencia. Aunque bien vale subrayar que esta conclusión no implica que existan obstáculos para que la víctima participe y sea escuchada (de hecho el Juez de Ejecución puso de resalto que siempre procedió de este modo hasta ahora) durante el proceso de toma de decisión de cuestiones como las que aquí nos ocupa.

Es decir que la actual falta de previsión legal en nuestra Provincia no se erige como un límite infranqueable para que la víctima acceda a la justicia durante la etapa de ejecución de la pena. Entonces, y en otros términos, con independencia de que la norma en cuestión no se encuentra vigente al día de hoy en la Provincia, dicha práctica legal pese a no ser obligatoria no se encuentra vedada pues se compadece con la efectivización de las facultades y derechos establecidos en los artículos 83 y 86 del C.P.P.

Por consiguiente, y con abono en los motivos hasta aquí expuestos, nos inclinamos por rechazar - con el alcance indicado en los considerandos precedentes - el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

Por todo lo expuesto y de conformidad con lo normado en los arts. 21, 105, 206, 439, 498 y ccdtes. del C.P.P., este Tribunal, RESUELVE:

Rechazar -por los argumentos precedentes- el recurso de apelación interpuesto a fs. 9/12, por el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Horacio Chiminelli.

Regístrese y bajen sin más trámite, corriendo las notificaciones del presente por el Juzgado interviniente.