



Poder Judicial

CAMARA DE APELACION PENAL - Sala Unipersonal-

Nº 255 Tº II F. 14/18 ROSARIO, 4 de JULIO — de 2014.-

Y VISTOS: El conjunto **Recurso de apelación** interpuesto por el Ministerio Público de la Acusación (Dres. Jorge Baclini y Marisol Fabbro) y por el Servicio Público Provincial de Defensa Penal (Dres. Gustavo Franceschetti y Nora Gáspire) en el caso **López Fernando s/ tentativa de robo calificado s/ inadmisibilidad del procedimiento abreviado**, respecto de la resolución Nº 100 dictada el 26/5/14 por el Tribunal de la IPP a cargo del Dr. Carlos R. Leivadeclara inadmisibile la apertura del procedimiento abreviado instado por las partes, todo ello según constancias relativas al **Legajo Judicial CUIJ Nº 21-06003456-4**, del registro de la Oficina de Gestión Judicial de Rosario;

Y CONSIDERANDO: I) Que según constancias de autos el imputado López es detenido el 6/3/14 atribuyéndosele en audiencia imputativa del 7/3/14 el delito de Tentativa de Robo con Arma blanca (166 inc. 2º del CP), acto en el que el Sr. Juez de la IPP le dicta la prisión preventiva por 30 días que se morigera en su modalidad domiciliaria con salida laboral de 7 a 16 hs. a la fábrica de heladeras Novacool SRL, atenuación sobre la que se impuso vigilancia policial tres veces al día tanto en su morada particular como en su trabajo. Esta cautelar luego es sujeta a dos prórrogas por pedido fiscal hasta el 5/7/14.

Que 28/3/14 en presentación conjunta suscripta por la Fiscal Dra. Fabbro y el Defensor Regional Dr. Franceschetti y inculpado López instan el procedimiento abreviado tras haber acordado la aplicación de una pena de dos años y seis meses *“de efectivo cumplimiento morigerado en domiciliaria y con salidas laborales, debiendo declararlo reincidente”* con más las costas del proceso.

El 19/5/14 reiteran la solicitud, ampliando el fundamento de la concreta pena reclamada. Así, con cita de jurisprudencia y doctrina, consideran las partes:

que esa sanción resulta proporcional a la gravedad del injusto y culpabilidad del autor; que es la adecuada conforme al fin de readaptación social del condenado según el art. 40/1 del CP, el art. 1 de la LEP 24.660 y los arts. 16 y 19 CN y la normativa de la CADH y PIDCP;

que la modalidad de prisión domiciliaria, enfatizada como un punto esencial del acuerdo al que se arribó y que está bajo el control periódico de la Dirección Provincial de Asistencia y Control Pos Penitenciario, es el modo conveniente de cumplimiento a fin de evitar la prisionización y reinsertar socialmente al condenado, satisfaciendo más plenamente el principio *“pro homine”*;

que el inculpado viene cumpliendo prisión preventiva domiciliaria

desde el 7/3/14, por lo que mantener esa modalidad en los más ajustado para el caso;

que la pretensión punitiva del Fiscal limita el margen de imposición de pena del juez penal tanto en su cuantía como en su modalidad conforme los arts. 335 y 342 del CPP y los principios del sistema acusatorio fijado por la CN.

II) Que el Sr. Juez de grado, por auto que motiva esta apelación, inadmite el trámite abreviado. Entiende que, si bien la presentación satisface sus formalidades (art. 339 CPP), ella vulnera el principio de legalidad vigente consagrado en el art. 18 de la CN, que alcanza no solo a los tipo y montos de penas aplicables que establece la ley, sino también modalidad de ejecución; señala que el acuerdo propuesto supone una suerte de abrogación insostenible e irrazonable de la ley penal, en cuanto a la sanción que se pacta vulnera la normativa vigente en materia de ejecución penal, su sistema de progresividad, y que el encausado no se encuentra comprendido en alguna de los supuestos legales de prisión domiciliaria, lo que conduciría, de admitirse la solución convenida, a un trato penitenciario discrecional e ínsitamente arbitrario e injusto, así como a la inobservancia de las normas ejecutivas de derecho interno de acuerdo a los estándares internacionales según lo que señalan las Convenciones que cita.

III) Contra la decisión mencionadas ambas partes, con firma de los Fiscales Dres. Baclini y Fabro y de los Defensores públicos Franceschetti y Gáspire, interponen recurso de apelación, el cual mantienen y amplían en la audiencia oral respectiva.

Los apelantes coinciden en pedir la nulidad del pronunciamiento y el reenvío del caso a la OGJ para que otro juez prosiga con el proceso abreviado.

En síntesis, ratifican los términos y fundamentos del acuerdo rechazado por el juez aquo. La Fiscalía, reconociendo que no es posible otorgarle al acusado una pena de ejecución condicional –al contar con una condena anterior vencida en fecha 1/1/11-, sostiene que el mismo debe ser excluido del encierro liso y llano con una prisión a cumplirse en el domicilio y con salidas laborales, lo que satisface en el caso los fines de readaptación social y el postulado “pro homine”.

Exponen que el juez de primera instancia invoca la afectación, limitación o restricción de derechos y garantías del justiciable en cuanto a la pena concordada que no es tal, dado que la misma, al contrario, garantiza y amplía el goce de sus derechos personales y civiles que merece todo ser humano, por lo que en realidad la resolución impugnada tergiversa una garantía constitucional (el principio de legalidad), interpreta



Poder Judicial

CAMARA DE APELACION PENAL –Sala Unipersonal-

restrictivamente otros principios (humanidad, “pro homine” –estar siempre interpretativamente a favor del hombre-, mínima intervención estatal y readaptación social) y vulnera la garantía del juez imparcial, el debido proceso acusatorio y la congruencia procesal prevista en el art. 335 del CPP que prohíbe al tribunal aplicar una sanción más grave que la peticionada por la parte acusadora, criterio legal que fue avalado por la CSJSFe (caso “Nogueras”, AyS 217:299, del 20/12/06), por la CSJN en “Gaspar” (105:891), en “Pachao” (107:421) y “Amodio” (votos de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni), y por esta Cámara. Cita entre otra jurisprudencia local la emanada de la sala pluripersonal en el precedente “Arias” del 26/5/14. Aducen que ese límite normativo no se observaría si el juez, invocando erróneamente una garantía como el principio de legalidad -que es a favor del individuo-, obliga a las partes a cambiar el modo convenido de ejecución de la pena en sentido más gravoso, en perjuicio del imputado, más allá de la respuesta punitiva pedida por el fiscal y desajustada de acuerdo a las características propias del caso y del justiciable.

Refieren que en un sistema acusatorio, la pena debe ser evaluada objetivamente por el fiscal antes que por el juez penal; que el derecho penal debe dar respuestas sociales de poder lesivo mínimo y que no se desentiendan del caso concreto; que no es cierto que el juez, de acceder al pedido que denegó, pueda suplantar al legislador; que el sistema de control de constitucionalidad difuso que rige en nuestro sistema jurídico, permite y obliga al juez a conjurar cualquier iniquidad que la generalidad de la ley pueda importar para la justicia del caso concreto, dejando de lado la prescripción legal y aplicando directamente la norma constitucional.

Puntualizan que en el supuesto específico, la fiscalía entiende que incorporar al acusado López al sistema penitenciario, haciéndole perder su trabajo, impidiéndole el contacto con sus hijos menores de edad y adentrándolo en un sistema cruel, inhumano e ineficaz para los fines que persigue, es someterlo a una situación que en nada contribuye a su resocialización según persigue el principio constitucional respectivo.

Arguyen que si bien el comportamiento ínfimamente lesivo provocado por López puede tener cierta connotación social, su penalización por el encierro a tiempo completo resultaría desproporcionada, inútil y hasta perjudicial por el efecto criminógeno de la prisión.

Expresan que López ya viene cumpliendo prisión preventiva domiciliaria y con salidas laborales sin que se registren incumplimientos, lo que demuestra el avance en el sistema de progresividad hacia modalidades que sean menos gravosas en el camino de su readaptación.

Ambos recurrentes destacan la importancia institucional y estratégica que tiene la cuestión planteada ante esta Cámara, e introducen la cuestión constitucional a los fines de la ley 7055.

En la audiencia del recurso, celebrada el 12/6/14, además, se enfatizó que el imputado está sujeto a vigilancia periódica desde el 7/3/14 a través de la OMAS y el área de Asistencia Pos-Penitenciaria, no fallando nunca en los controles, que siempre se presentó y colaboró con el proceso, que cuenta con tres hijos de 13, 10 y 8 años y está unido a su esposa desde hace 17 años; que la enumeración de los casos del art. 32 de la LEP no es excluyente para otras situaciones análogas y no puede primar sobre el principio de reinserción social; y que el juez de grado no tuvo contacto con el condenado para abordar el tema punitivo.

La defensa advirtió que no insta la declaración de inconstitucionalidad del art. 32 LEP sino su aplicación armónica con las demás normas vigentes.

Ambas partes piden la nulidad de la resolución impugnada y el reenvió a la OGJ para que otro juez prosiga con el procedimiento.

IV) Que en el precedente “*Arias H.F. s/ inadmisión de proceso abreviado*” (auto 144 del 26/5/14, Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4), en sala pluripersonal que este juzgador integró con los Dres. Prunotto y Llaudet), al revocar la decisión de un tribunal de grado que inadmitió dar curso a un proceso abreviado, entre otras cosas se dijo:

que la regla de actuación a favor de las partes a través del *consenso* y los acuerdos está consagrada expresamente en el art. 13 del CPP ley 12.734 entre las “*Normas fundamentales*” del nuevo digesto procesal, conformando en el modelo legal vigente –de corte acusatorio adversarial-, una herramienta esencial para las partes en la gestión de los conflictos penales;

que en un sistema adversarial cuando hay convergencia entre los interesados no hay conflicto ni adversarios, por lo que salvo normas de mayor jerarquía en juego, el juez debe reconocer (no interferir, admitir, autorizar) esas convenciones, las que muchas veces trasuntan o suponen variantes, circunstancias, intereses institucionales o un proceso previo de negociación que la magistratura por regla desconoce;

que entonces, como regla, si no hay disputa entre los propios interesados del caso, no hay base que justifique otro desarrollo procesal



Poder Judicial

CAMARA DE APELACION PENAL -Sala Unipersonal-

distinto al propuesto y consensuado, solución a la que aspira tanto el CPP¹, como los principios de contradicción, y el acusatorio y de congruencia, establecidos por los arts. 5 y 7 de la ley 13.018 como “principios básicos” de Organización de Tribunales; de acuerdo a ello, el juez no puede suplir la actividad de las partes, debiendo sujetarse a lo que hayan discutido.

que muchas veces el magistrado debe acudir a una interpretación sistemática de las normas, ya que el orden jurídico debe entenderse como un sistema: una disposición legal no debe ser interpretada inconexa o singularmente, sino relacionándola y armonizándola con las demás normas - reglas o principios- del mundo jurídico, en particular con los principios y objetivos del nuevo sistema procesal, lo que comprende, en su caso, una lectura de todas las fuentes de las normas procesales penales (la ley positiva, los principios, la jurisprudencia, etc.).

V) En el caso bajo examen, ambas partes (defensa pública y fiscalía) presentaron ante el juez de garantías una solicitud de apertura de proceso abreviado, convergiendo en la aplicación de la pena mínima que, dentro de los criterios de interpretación existente para el cómputo de los delitos tentados, es uno de los aceptados por la doctrina y jurisprudencia y, por ende, se encuentra dentro de la escala penal prevista por la ley.

Sin embargo se pacta que la sanción -de cumplimiento efectivo- sea cumplida bajo la modalidad morigerada de prisión domiciliaria, lo que a primera vista y por las circunstancias particulares del inculpado, bajo una lectura lineal de las previsiones legales (arts.32 de la LEP 24.660, art. 10 del CP) no encasillaría en ninguna de estas hipótesis normativas.

La situación expuesta, que desborda las expresas previsiones legales y que evidentemente configura un punto central del convenio dado el impacto real que produce sobre el modo de aplicación de la pena de prisión acordada, conduce a evaluar si las condiciones de la solicitud de proceso abreviado, responden a principios y circunstancias superadoras o si sólo materializan sin justificación, fundamento ni razonabilidad un negocio procesal marginado del orden jurídico.

VI) Y en este análisis es relevante la posición que detenta el Ministerio Público de la Acusación, parte esencial del convenio y sin cuya aquiescencia éste, de por sí, resultaría inviable. En dicho orden no podemos olvidar, por el ínsito el peso de la decisión que impulsa el MPA a

¹ vgr., con lo previsto en sus arts. 13, 3° -principio de simplificación, contradicción y celeridad-, 24 -en la suspensión del juicio a prueba-, 155 -acuerdo sobre plazos-, 346 -procedimiento extendido-, y los arts. 339 y ss. -procedimiento abreviado-.

través del acuerdo jurisdiccionalmente impugnado en baja instancia, que ese órgano, de acuerdo a su ley marco 13.013, tiene por misión el ejercicio de la persecución penal pública y procurar la resolución pacífica de los conflictos penales (art. 1°), actuando con autonomía funcional dentro del poder judicial, con independencia y de acuerdo a la Constitución y la ley, sin sujeción a directivas que emanen de áreas públicas ajenas a su estructura (art. 2), siendo que su actuación está gobernada, entre otros, por los principios de objetividad (la justa aplicación de la ley, con resguardo de la vigencia equilibrada de todos los valores jurídicos consagrados en la Constitución y la ley), el respeto y garantía de la vigencia de los derechos humanos, la gestión y solución de los conflictos surgidos a consecuencia del delito, la transparencia y el principio de eficiencia, velando por la eficaz e idónea administración de los recursos y bienes públicos (art.3).

Para ello se le asignan al MPA muy delicadas funciones propias de la persecución penal, como establecer y ejecutar los lineamientos de la política de persecución penal en el ámbito Provincial, fijando las prioridades y criterios de la investigación y persecución de los delitos y ejercer la acción penal ante los tribunales, preparando los casos que serán objeto de juicio oral y resolviendo los restantes según corresponda, así como intervenir en la etapa de ejecución de la pena en la forma que prevean las leyes (art.11). A estos fines se le confiere a su autoridad superior, el Fiscal General de la provincia, facultades para determinar la política general de la institución y fijar los criterios generales para el ejercicio de la persecución penal (art. 16) y a cada Fiscal Regional la jefatura del MPA en cada circunscripción territorial asignada, siendo responsable de dirigir, coordinar y supervisar la tarea de sus fiscales (art. 18).

Con todo ello, se quiere significar que en aras de una adecuada división de roles y poderes procesales, la jurisdicción ha sido apartada de las funciones inherentes a la persecución penal que el anterior sistema inquisitivo le asignaba, cediéndose así ese espacio del poder judicial a favor del MPA como órgano que por naturaleza debe ser el responsable y encargado de tales atribuciones. Según este esquema legal, la jurisdicción es excluida entonces de la responsabilidad de investigar y actuar oficiosamente frente a los delitos, o de fijar sin límites cuánto poder punitivo, llegado el caso, es necesario en cada supuesto concreto, algo que fue parte de las tradiciones inquisitivas poniendo en cabeza de los jueces una porción sustancial del poder represivo bajo la asignación de facultades que en la práctica eran, desde cierta perspectiva, casi plenas y por ende reprobadas para un Estado de Derecho. No hay dudas que con esta transferencia de funciones el nuevo modelo legal oxigenó a la judicatura de una misión que ahora depositó sobre las espaldas del MPA.

VII) Que el principio de objetividad del MPA en el



Poder Judicial

CAMARA DE APELACION PENAL -Sala Unipersonal-

ejercicio de la persecución penal implica no sólo que ejerza su función requirente en pos de la justa aplicación de la ley -constitucional, material, procesal-, sino que lo haga con razonabilidad, sin un interés subjetivo que exceda su natural falta de neutralidad en el caso, motivado en sus circunstancias, orientado a la correcta actuación de la ley, a la búsqueda de la verdad pero sin perseguir a ultranza y actuando sin arbitrariedades ni autocontradicciones.

Es factible que estos estándares -válido es aclararlo- se materialicen dentro de límites o mecanismos que a veces puedan ser difusos y opinables, como ocurre en el caso al igual que en muchas otras esferas del derecho, más en la medida que consideremos las facultades de disposición procesal y sustancial que, en los hechos, le confía el sistema a la Fiscalía.

Sin embargo, y dentro de la línea sugerida en el precedente "Gilio" por la CSJN (16/11/09) -en un supuesto distinto pero de interés para la solución de este caso- los jueces no pueden revisar el criterio del fiscal, si esa decisión no resulta arbitraria e infundada, atendiendo al riesgo existente, frente a posiciones no palmariamente arbitrarias ni abiertamente contrarias a la ley, que los rechazos jurisdiccionales a las instancias del Ministerio Público encierren una indebida sustitución de la función requirente.

VIII) En el caso, los responsables legales y políticos máximos en esta región de las instituciones que involucran a las partes se han ocupado de brindar una solución que nos es antojadiza, sino que se sustenta en el universo de admisibles argumentos expuestos en esta apelación y también en sus antecedentes que legitiman la salida propuesta. Esto permite una homologación que, sorteando ciertos límites rígidos de la ley penal sustancial y penitenciaria, extienden la aplicación de la detención o prisión domiciliaria a casos legales no expresamente contemplados y a favor del inculpado, con sustento en normas superiores que -en común- las partes aseguran que son de prioritaria atendibilidad, como el principio de resocialización en la ejecución de la pena acordada y el principio acusatorio como límite a la voluntad autónoma de cualquier tribunal de justicia.

IX) Vistos entonces los fundamentos expuestos en forma conjunta y coincidente por las partes en el escrito fundado de interposición del recurso y lo sostenido y ampliado en la audiencia de apelación celebrada ante este tribunal, se estima ajustado, con base en las consideraciones iniciales vertidas en esta resolución, revocar la decisión del aquo.

La pretensión bajo estudio respeta los estándares de

fundamentación y logicidad exigibles a toda postulación de la fiscalía dado que, evitando recurrir a subterfugios como remitir el caso al olvido y su prescripción, proponen una vía concreta compatible –en especial de acuerdo a la posición muy clara que expuso la Fiscalía– con la finalidad legal de la reinserción social del condenado, cual es evitar los efectos deteriorantes del encierro intramuros, atemperando la modalidad ejecutiva de la sanción con una prisión de mediana entidad (la mínima prevista en la escala aplicable), a cumplir en el domicilio, y que además le permita mantener sus lazos familiares y el sostén económico con el trabajo que actualmente desarrolla, todo lo cual no implica sino la continuidad –ahora bajo la aplicación de una pena– del régimen cautelar atenuado vigente desde el 7/3/14 y que fue monitoreado sin incumplimientos según afirmaron los interesados.

La posibilidad o capacidad para controlar en forma permanente y adecuada (art. 3 LEP) el cumplimiento a los límites domiciliarios y laborales que surgen de una pena como la convenida, no debe conformar un impedimento que obstaculice la ejecución extramuros de la sanción, toda vez que los criterios que conducen a este tipo de alternativas excepcionales forman parte de la responsabilidad institucional y específica del MPA, en cuanto a que la mayor o menor dosificación del poder represivo no se transforme, por las ineficaces o utilitarias políticas que puedan implementar, en un mecanismo que termine por incentivar la burla a la ley, al sano principio de la Justicia y a los derechos y expectativas legítimas de las víctimas.

Así las cosas, el principio de legalidad invocado por el aquo para denegar el acceso a un fallo cuya definición armonizaron las partes es, por regla, un principio limitativo al poder punitivo del estado (arts. 18 CN, 9 CADH y 9 PIDCP), y así lo hacen operar las partes en este procedimiento, lo que, de ser interpretado inversamente en el caso, supondría el empleo de una norma de garantía en perjuicio del propio interesado (doctrina del art. 2 del CPP).

Por su lado, y a pesar que no sea algo dirimente, la pauta mensurativa de la pena domiciliaria y con salidas laborales seguida por las partes, de resultar rechazada y como bien se ha expuesto, conduciría sin sentido hacia un juicio oral y público desgastante e inútil en el que la fiscalía reiteraría su pretensión punitiva rechazada por el juez en la etapa de la IPP.

Tampoco puede prescindirse que, por fuera de lo observado, la decisión en crisis no resulta forzosamente aceptable porque sus resultados no solo afectan la regla del consenso (13 CPP) sino también conducen a poner en riesgo los principios acusatorios, de congruencia, imparcialidad y contradicción, en especial la norma que en tal sentido prohíbe que el juez aplique una sanción más grave que la pedida por la parte



Poder Judicial

CAMARA DE APELACION PENAL -Sala Unipersonal-

interesada (art. 335 CPP). En este sentido no deja de advertir esta Alzada que, según lo expuso la CSJN en el precedente “Germano” (14/2/12) *“una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en el caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado”*.

En definitiva, no visualiza este tribunal razones de peso sustancial que obsten, por aplicación prioritaria de una normativa distinta o de mayor jerarquía, a avalar el acuerdo al que llegaron las partes.

Por ende, corresponde revocar la resolución impugnada, debiéndose tener por admitida la solicitud de apertura del proceso abreviado, y dar intervención a través de la OGJ respectiva a otro magistrado de grado para que prosiga con el curso del procedimiento en los términos del art. 342 del CPP.

Por lo expuesto, esta Sala Unipersonal de la Cámara de Apelación en lo Penal

RESUELVE: Revocar la resolución impugnada, debiéndose tener por admitida la solicitud de apertura del proceso abreviado, y dar intervención a través de la OGJ respectiva a otro magistrado de grado para que prosiga con el procedimiento en los términos del art. 342 del CPP.

Pase este legajo a la Oficina de Gestión Judicial respectiva a sus efectos.

Dr. ALFREDO IVALDI ARTACHO
Juez Penal de Cámara
Poderlo de Cámara de Apelaciones en
lo Penal - 2da. Circunsc. Judicial

