

**“Lopez Nicolás y Lopez Federico Maximiliano s/Sentencia correccional”**

**C. 29685/III**

En la ciudad de San Isidro, a los 15 días de septiembre de 2015, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tercera de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de este Departamento Judicial, Carlos Fabián Blanco, Gustavo Adrián Herbel y Celia Margarita Vázquez, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia correccional definitiva dictada en primera instancia en causa seguida a Nicolás Emin López y a Federico Maximiliano López o Leonel Emil López; practicado en su oportunidad el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: doctores Herbel, Vázquez y, para el caso de disidencia, Blanco (Conf. art. 440 del C.P.P. y acuerdo ordinario N° 1786).

**ANTECEDENTES**

Viene a esta alzada concedido el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial contra el punto V de la sentencia de primera instancia dictada el 24 de junio pasado por el Juzgado Correccional N° 6 mediante el cual no se hizo lugar al pedido de sustitución de la pena de prisión por tareas comunitarias.

**Y CONSIDERANDO**

El Juez Herbel dijo:

I.- El recurso de apelación interpuesto a fs. 14/16 contra el punto V de la sentencia de fs. 11/13 debe ser declarado admisible, pues ha sido presentado en término, el impugnante (defensor oficial Dr. Hernán Rocha) posee legitimación personal para recurrir, se han respetado las formas prescritas y el caso es uno de aquellos para los cuales se otorga esta vía recursiva (arts. 433, 439, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P.).

II.- Vienen condenados Nicolás Emin López y Federico Maximiliano López o Leonel Emil López por juicio abreviado a la penas acordadas de cuatro y seis meses de prisión, respectivamente, tras ser hallados coautores penalmente responsables del delito de robo investigado en autos, cometido el 8 de abril pasado en el interior del tren con destino a Villa Rosa, en la estación de Villa Adelina, en perjuicio de Eliana Noemí Varela, a quien le sustrajeron su teléfono celular. La pena impuesta al segundo de los nombrados es a su vez comprensiva de la condena reciente a tres meses de prisión en suspenso por haber cometido dos robos, que él registraba y que se hizo efectiva en razón de la presente condena.

El motivo de agravio es el rechazo de convertir esas penas en tareas comunitarias, tal como fuera solicitado por los imputados en atención a los arts. 117 inc. e y 123 bis de la ley de ejecución penal provincial.

Para así decidir, dijo el a quo que, “si bien la pena acordada a imponer se encuentra dentro de las posibilidades previstas en el art. 117 inc. e y 123 bis de la ley 12256, tengo en cuenta para su denegatoria, la reiteración delictiva de los peticionarios [Federico M. López o Leonel E. López registra la condena condicional referida y Nicolás N. López registra una condena a un mes y diez días de prisión por haber intentado un robo], la ausencia de acuerdo fiscal para la aplicación de la conversión y que los condenados no se encuentran bajo el régimen de prisión discontinua o semidetención – como lo prevé el art. 123 bis -por lo cual siendo el sistema de ejecución un régimen de progresividad, deberá estarse a la progresión de la conducta de los mencionados para el avance a dicha etapa”.

III.- Se agravia el recurrente de que se haya rechazado el pedido, según entiende, “en circunstancias que no son exigidas por la ley para su procedencia”, como la ausencia de condenas anteriores o la ausencia de consentimiento fiscal.

Respecto de esto último, en particular, señaló que la ley exige el consentimiento del condenado, pero no el del fiscal.

En cuanto a que le faltaría una etapa del sistema de progresividad, por otro lado, replicó que “nada obsta [...] [a que el a quo] les conceda la prisión discontinua o semidetención y la sustituya por la realización de trabajos para la comunidad en lugar de denegarla”.

Resaltó por último que no se reparó en “lo perjudicial de las penas de efectivo cumplimiento de corta duración”. “Considero que la experiencia que recoge a diario el ejercicio de juzgar debió haberle permitido al juez contemplar [...] en relación a la entidad de las conductas que se les reprocha, que el encierro de corta duración en el sistema penitenciario no se justifica, se torna notoriamente perjudicial y justamente ha sido contemplado por el legislador para evitar este tipo de situaciones”.

Por lo expuesto, solicita se revoque la decisión apelada y se modifique la modalidad ejecutiva de las sanciones impuestas.

IV.- Con el alcance que otorgan los arts. 434 y 435 del Código Ritual, respecto del conocimiento que atribuyen los recursos de apelación a esta Alzada, debe ceñirse el presente al tratamiento de los puntos de la resolución del a quo alcanzados por los agravios que motivaran la impugnación interpuesta, sin perjuicio de conocer más allá de ellos cuando eso permita mejorar la situación del imputado o condenado y de declarar las nulidades absolutas que hubiere.

El recurso respecto de Nicolás Emin López ha devenido abstracto, pues el 7 de agosto pasado cumplió cuatro meses de prisión preventiva, lo que dio lugar a que su pena se diera por “agotada” y que se lo excarcelara en los términos del art. 169 inc. 9 del C.P.P. (Conf. 1/7 del incidente de excarcelación que corre por cuerda al principal).

Analizados los agravios expresados, adelanto que propiciaré el hacer lugar al recurso interpuesto respecto de Federico M. López o Leonel E. López.

El art. 50 de la ley de ejecución penal nacional N° 24660 establece que en los casos del art. 35 inc. c y f, el juez podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado. A su vez, el art. 35 inc. f de dicha ley (actual inc. “e”, Conf. la reforma introducida por la ley 26472) establece que el juez podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando la pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento. Mismo régimen dispone la ley provincial de ejecución en sus arts. 117 inc. e y 123 bis.

Pues bien, como lo reconoce la propia decisión apelada, el requisito temporal se encuentra satisfecho, dado que ninguna de las dos penas supera los referidos seis meses de prisión.

El recurrente en definitiva se queja de que se hubiera denegado el pedido de conversión fundándose en ciertas circunstancias cuya presencia o ausencia no son requisitos legales de procedencia.

Así planteado, el reproche no puede prosperar. Ciertamente no son requisitos de procedencia la ausencia de condenas anteriores, el consentimiento fiscal y el estar el condenado ya inmerso en el sistema de prisión discontinua o semidetención. Ahora bien, la ley no establece, en rigor, que la imposición de una pena no superior a seis meses de prisión es condición suficiente para la procedencia de la conversión. Lo establecido es que el juez “podrá” disponerla ante tal situación (Conf. arts. 35 y 117 de la leyes nacional y provincial, respectivamente), lo cual no es lo mismo. Se trata de una potestad, no de un deber.

Claro está, sin embargo, que esa potestad no puede ser ejercida arbitrariamente. Es inadmisibles que una vez verificada la existencia del requisito temporal, sea antojadiza la decisión de conceder o no la conversión. En mi opinión, dada la naturaleza del derecho penal, que es de última ratio, la regla debe ser la concesión (en caso de verificarse el requisito temporal), la cual solo cede en la medida en que se demuestre la existencia de razones plausibles para oponerse.

La pregunta, entonces, es si las razones invocadas para el rechazo satisfacen esta exigencia.

Se dijo que no hay acuerdo fiscal para la concesión. Ahora bien, nunca se corrió traslado al Ministerio Público Fiscal para que exprese si está de acuerdo o no con ello. Ciertamente el procedimiento sobre la cuestión no exige tal traslado; pero esgrimir esa falta de acuerdo como argumento para rechazar cuando no se le pidió su opinión y cuando quizás la opinión es favorable, no resulta razonable. Lo que tenemos, simplemente, es que no se sabe qué opina el fiscal al respecto (quizás está de acuerdo).

Ese argumento, pues, no es atendible. Se dijo también – en lo que interesa - que López registra la condena referida más arriba y que aún no se encuentra gozando de una prisión discontinua o semidetención, lo cual se vislumbra como un paso previo a las tareas para la comunidad, en razón del principio de progresividad que informa el régimen penitenciario. Es por ello que, en vez de realizar tareas para la comunidad, el a quo entiende que el condenado debe estar, por el momento, en la cárcel.

Entiendo que estos argumentos no bastan para justificar la decisión más gravosa. En primer lugar, el principio de progresividad no es fundamento suficiente para denegar un instituto de la ejecución penal. El art. 6 ley 24.660 establece: “El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de la autodisciplina”. El art. 6 de la norma de ejecución provincial, a su vez, dispone: “El régimen de condenados, caracterizado por la asistencia y/o tratamiento, comprenderá los regímenes abiertos, semi-abierto y cerrado, los que serán de utilización alternativa y no necesariamente secuencial” (el resaltado es propio).

La progresividad constituye un derecho del condenado - en la medida en que su situación particular la admita -. He indicado en reiteradas ocasiones que ella no es un requisito de los institutos de ejecución, sino una obligación estatal para cumplir con el efecto resocializador de la pena (Conf. causa N° 28.034/IIIa., entre otras).

La condena anterior de Federico M. López o Leonel E. López, por otro lado, fue de ejecución condicional, de modo que la obligación de realizar tareas para la comunidad se aprecia ya como una respuesta estatal más intensa a su (segunda) desviación. Es correcto incrementar la intensidad, pero habiendo dos medidas más gravosas que la prisión de ejecución condicional (las tareas para la comunidad y la prisión efectiva), no veo por qué adoptar la mayor.

Debe tenerse presente que la imposición de tareas comunitarias son una verdadera carga. Conforme la normativa antes citada, cada día de prisión computa como seis horas de trabajo no remunerado para la comunidad. Así las cosas, teniendo en cuenta que al momento de la condena apelada López llevaba detenido aproximadamente dos meses y medio, lo que le restaba cumplir (algo más de 100 días) podía ser sustituido por algo más de 600 horas; cantidad de tiempo que sin dudas representaría un control para el condenado y, cabe suponer, un estímulo para no cometer nuevos delitos, a partir de una actividad positiva de López y no mediante su encierro estatal. No se trataba de elegir entre la prisión y algo análogo a una absolución. El incumplimiento de las tareas impuestas, por lo demás, conduciría inexorablemente a la prisión (Conf. art. 52 de la ley 24600).

A lo que se suma la ineficacia en términos de readaptación social de las penas de prisión de escasa duración (dado lo nocivo que el primer contacto puede resultar y que el primer período en prisión es solo de observación o evaluación, Conf. arts. 12 y ccdtes. de la ley penitenciaria nacional y 27, 70 y ccdtes. de la ley penitenciaria provincial) y el daño familiar que la prisión efectiva genera en el caso, dado que Federico M. López o Leonel E. López López posee esposa y cuatro hijos menores de edad (Conf. informe socioambiental de fs. 94 y acta de audiencia de fs. 125, del ppal.).

Por todo lo expuesto, y por la no necesidad de que el imputado transite previamente un tiempo bajo la modalidad de prisión discontinua o semidetención, propicio hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y sustituir la pena de prisión impuesta en la presente a Federico Maximiliano López o Leonel Emil López por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado, bajo el cómputo y modalidad que el señor juez a quo estime corresponder (Conf. arts. 35 inc. e y 50 de la ley 24600, y 117 y 123 bis de la ley provincial 12256).

Es mi voto.

La Jueza Vázquez dijo:

Adhiero al voto del colega preopinante, por los mismos fundamentos (arts. 168 de la Const. Prov. y 106 del C.P.P.).

No siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando la Sala la siguiente

#### S E N T E N C I A

I.- DECLARAR ADMISIBLES los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los coimputado Nicolás Emin López y Federico Maximiliano López o Leonel Emil López a fs. 14/16, contra el punto V de la sentencia de fs. 11/13; por las razones expuestas en los considerandos (arts. 433, 439, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P.).

II.- DECLARAR ABSTRACTO el recurso interpuesto respecto del coimputado Nicolás Emin López; por las razones expuestas en los considerandos.

III.- HACER LUGAR al recurso interpuesto respecto de Federico Maximiliano López o Leonel Emil López, revocar el punto V de la sentencia apelada y sustituir la pena impuesta al nombrado– titular del DNI 31.304.122, nacido el 20 de febrero de 1985 en la localidad de Florida, provincia de Buenos Aires, hijo de Emin López y de Norma Moya Tello– por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado, bajo el cómputo y modalidad que el señor juez a quo estime corresponder; por las razones expuestas en los considerandos (Conf. arts. 35 inc. e y 50 de la ley 24600, y 117 y 123 bis de la ley provincial 12256).

Regístrese y, previo a notificar a las partes, remítase inmediatamente el presente legajo a la instancia, solicitándose al señor Juez a quo que una vez realizadas las diligencias a que hubiere lugar y determinados el cómputo y modalidad de la sustitución concedida, remita el presente a esta Sala a fin de realizar las notificaciones correspondientes (pudiendo extraerse fotocopias del legajo si la incidencia se extendiere en el tiempo). Remítanse de inmediato a la instancia los autos principales y sus agregados. Sirva la presente de atenta nota de envío.

**FDO: GUSTAVO A. HERBEL– CELIA M. VAZQUEZ**

**Ante mí: GABRIELA GAMULIN**