En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil diecinueve, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, presidida por el ministro Alejandro Javier Panizzi e integrada con los ministros Miguel Ángel Donnet y Mario Luis Vivas, dicta sentencia en la causa caratulada **«S., K. s/ incidente de ejecución n° 902»** (expediente n° 100452/2018 - carpeta n° 7655 OJ Puerto Madryn).

Concluida la deliberación, y de acuerdo con la providencia de la hoja 141, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Donnet, Vivas y Panizzi.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

1. Antecedentes.

Llega a conocimiento de la Sala la impugnación extraordinaria deducida por Luciana Capone, abogada adjunta del Ministerio de la Defensa Pública, contra la resolución 3322/2018 dictada por los jueces penales Daniel Yangüela, Patricia Asaro y Patricia Reyes en fecha 23/10/2018.

Mediante dicha decisión, los magistrados confirmaron la resolución n° 2799/2018 de la jueza penal Marcela Pérez Bogado, que en su oportunidad habla denegado la petición de libertad condicional de K. J. S.. El nombrado había sido condenado a una pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, comprensiva, de siete hechos ilícitos acumulados en un mismo procedimiento abreviado (hojas 1 a 7 del incidente).

Para fundar su criterio, el juez Yanguela entendió que la ley vigente al momento de quedar firme la condena, debía ser la ley aplicable a su ejecución. Para la jueza Asaro, en tanto, la ley 24660 era de carácter procesal, regía desde el momento de su publicación, uno de los hechos que integraron el acuerdo abreviado habla ocurrido una vez dictada la modificación de la ley de ejecución penal, y por el artículo

392 del Código Procesal Penal correspondía aplicar el texto vigente una vez firme la condena. La jueza Reyes, finalmente, coincidió con el criterio de sus colegas.

2. La impugnación extraordinaria.

2.1. En su recurso, la parte afirmó que la decisión impugnada carecía de fundamentación lógica y legal, y resultaba violatoria de los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal y de aplicación de la ley más benigna.

La defensa recordó que la ley 27375 entró en vigencia el día 28/7/2017, y que introdujo reformas a la ley 24660 de ejecución penal que la convirtieron en más gravosa. Con el nuevo texto, se amplió el catálogo de delitos que impiden a la persona condenada acceder al régimen progresivo de ejecución (periodo de prueba y libertad condicional).

A la par, solo uno de los siete hechos ilícitos que integraron el juicio abreviado, fue cometido por S. en fecha 27/10/2017. Es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo texto de la ley 24660.

Al respecto, se alegó que la ley 24660 era una ley de fondo, no una norma procesal (como afirmaron los jueces de la revisión). Fue dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de las facultades delegadas por las provincias (Constitución Nacional, artículo 75 inciso 12), y su propio texto establece que es complementaria del Código Penal. Ello tiene sentido, dijo la defensa, en virtud de la uniformidad que debe regir en la materia.

Por otra parte, el artículo 392 solo indica el plazo en el cual una sentencia es ejecutable (al momento de quedar firme), pero no que esa fecha determine cuál es la ley de ejecución penal que se deba aplicar.

Y aunque dicha ley fuere considerada una norma procesal, no podía sustraerse del principio constitucional de irretroactividad de la ley más gravosa. Es la fecha del hecho la que determina la ley aplicable. Y la ley 27375, además de reformar la ley 24660, también introdujo modificaciones en el propio

Código Penal (artículo 14).

Para finalizar, la parte recordó que la acumulación de los siete hechos en el acuerdo abreviado implicó un concurso real de delitos (CP, artículo 55). Y que, al momento de determinar la pena, se tuvo en cuenta el mínimo mayor del delito más grave (robo tentado, doblemente agravado por el uso de arma y por ser intentado en poblado y en banda, ocurrido en fecha 21/9/2015).

El último de los siete hechos ilícitos, de fecha posterior a la vigencia de la ley 27375, no había sido el más grave de todos, y por ello no podía impregnar al resto de sus consecuencias. Incluso si se hubieran juzgado por separado (por una imposibilidad de acceso a la libertad condicional» (hoja 88; la cursiva me pertenece).

Ahora bien, la citada ley 27375 introdujo reformas a la ley 24660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, que en lo pertinente establecen: «Articulo 30.- Modifíquese el artículo 56 bis de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 56 bis: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el periodo de prueba a los condenados por los siguientes delitos: (...) 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, *segundo párrafo* del Código Penal» (el énfasis es propio).

La misma ley también modificó el Código Penal, en los siguientes términos: «Articulo 38.- Modificase el artículo 14 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera: Articulo 14: La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: (...) 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, *segundo párrafo,* del Código Penal» (el destacado es mío).

De todo ello se concluye, sin esfuerzo, que en lo que interesa la nueva ley impide el periodo de prueba y la libertad condicional para el delito de robo cometido con un arma de fuego, previsto en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 166 CP (cfr. MARUM,

Elizabeth, comentario al artículo 166 del Código Penal, en AA.VV., *Código Penal y normas complementarias,* Baigún y Zaffaroni directores, tomo 6, Hammurabi, 2009, Buenos Aires, páginas 271, 277 y 300).

3.2. Sin embargo, el hecho cometido por S. en fecha posterior a la entrada en vigencia de la ley 27375, y que constituye el meollo de la discusión planteada, no resulta subsumible en la figura penal aludida por aquella norma.

En efecto, de acuerdo con los antecedentes reflejados en la resolución de juicio abreviado, el imputado reconoció la autoría del siguiente hecho: «El día 27 de octubre de 2017, aproximadamente a las 18.40 hs. , los menores G. M., L. A. y M. N. V. caminaban luego de salir de la escuela por calle Malaspina, de esta ciudad, encontrando el joven M. minutos antes un celular marca LG color blanco tirado sobre la misma arteria, por lo que llevaba dicho aparato en la mano y al llegar el grupo de jóvenes aproximadamente a la altura catastral nro. X, de la arteria precitada, es interceptado por K. S. el cual esgrimiéndole un cuchillo de unos 23 cm, a la altura del cuello le refiere a M. "dame el celular", lo que motiva que inmediatamente L. y M. huyan del lugar, apropiándose S. del celular que portaba M., para a continuación revisarle los bolsillos y la mochila al joven, apropiándose de su billetera con escudo del Club Boca Junior la cual contenía una tarjeta de colectivo, como así también el celular». El suceso fue calificado como robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa (CP, artículos *166* inciso 2 y 42; cfr. hoja 1 del incidente), en obvia referencia al cuchillo empleado por S. para emprender el desapoderamiento de la víctima.

3.3. En conclusión, y a la luz de las normas en juego, la entrada en vigencia de la reforma de la ley-24660 resultaba irrelevante a los efectos de discutir la libertad condicional del acusado.

Como correctamente señaló la defensa ante esta Sala, se aplicó -erróneamente- una limitación legal prevista para una hipótesis de hecho diferente a la atribuida a K. J. S..

En virtud de lo anterior propongo, a quienes me sucedan en la votación, la anulación de todo lo resuelto, y el reenvío a un nuevo tribunal de ejecución para que se vuelva a sustanciar la discusión en torno al pedido de libertad condicional formulado a favor del nombrado.

Así voto.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

I. El ministro Donnet describió en detalle los antecedentes del caso, por lo que omitiré cualquier referencia al respecto.

Indicó que la defensa centró su agravio en la carencia de fundamentación de la sentencia, y que la decisión resultó violatoria de los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal, y de aplicación de la ley penal más benigna.

Luego, en la audiencia celebrada ante esta Sala, la Defensa Pública adujo que se aplicó erróneamente la ley 27375.

II. Y efectivamente, la solución al caso es la que propone el doctor Francisco en la audiencia, última. Más allá de las cuestiones procesales se plantearon en este incidente, lo cierto es que existe un impedimento legal para aplicar esta ley.

El último hecho por el cual fuera condenado K. S., que es posterior a la sanción de la ley 27375, no encuadra en ninguna de las figuras delictivas que enumera la norma.

La ley 27375 dispone: '...Articulo 30: Modifíquese el artículo 56 bis de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 56 bis: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos:

1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.

3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona

ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.

5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal.

6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.

7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.

8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.

9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal.

10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.

11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

La resolución nro. 2799/2018, suscripta por la jueza Marcela Pérez Bogado, deniega la petición de libertad condicional de S., por aplicación del artículo 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24660 -hoja 87 a 89 vta.-.

Surge del fallo que el impedimento de acceder al beneficio se basa en que la condena que recayó en la carpeta nro. 7655, se investiga una infracción acaecida el 27 de octubre de 2017, y que consistió en sustraer un celular en la vía pública mediante la exhibición de un cuchillo.

El argumento central de la decisión es que por la fecha en la recayó condena {22 de diciembre de 2017) y la calificación, otorgada (robo con armas en grado de tentativa), este hecho se encontraba comprendido en la imposibilidad de acceso a la libertad condicional (Código Penal, -art. 14, mod. Por Ley 27375).

No obstante, la ley vigente no contiene, en

ninguno de los incisos del artículo 30, el delito de robo con arma blanca, sino que prevé la imposibilidad para el delito de robo con armas de fuego -CP, art. 166, inc.2° segundo párrafo-.

Siendo ello así, entiendo que la cuestión de vigencia y aplicación de la ley de Ejecución Penal no constituía el tema de discusión, ya que el condenado no cometió ninguno de los delitos mencionados en la reforma.

III. Por todo lo expuesto, habiéndose aplicado erróneamente la ley 27375, propongo declarar la nulidad de la resolución de fs.87/9 vta., y de los actos consecuentes, y reenviar los presentes autos a la Oficina Judicial de Puerto Madryn, para que un nuevo Tribunal de Ejecución analice el pedido formulado por K. J. S..

Así Voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. En el voto del ministro que lidera el acuerdo quedó establecido que la cuestión traída es la impugnación extraordinaria de la defensora pública de K. J. S. contra la resolución N° 3322/2018, dictada por los jueces penales Yangüela, Asaro y Reyes. Que en ese pronunciamiento los magistrados confirmaron la decisión de la jueza penal Pérez Bogado, quien oportunamente habla denegado la petición de libertad condicional articulada.

II. En los sufragios anteriores quedó expuesto el error en el que incurrieron los operadores judiciales en punto al hecho cometido por S. en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 27375. Es que el suceso controvertido no es alcanzado por las previsiones introducidas por esa norma.

Me explico.

En lo que aquí interesa, la nueva regulación impide que los condenados por el delito de robo cometido con un arma de fuego (artículo 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal) accedan al período de prueba y a la libertad condicional.

En el trámite, el hecho que reconoció

S., el ocurrido el 27/10/2017, que derivó en esta controversia jurídica, implicó el apoderamiento ilegal de un celular y otras pertenencias, blandiendo un cuchillo, con el que amenazó a la víctima.

Es decir, el evento por el cual S. fue condenado luego de sustanciarse el juicio abreviado, no está alcanzado por la exclusión legal, pues no fue cometido con un arma de fuego, sino con un arma blanca. La normativa contiene una limitante que procede en situaciones de hecho diferentes a las de S..

Por lo demás, toda la discusión en torno a la operatividad de los nuevos preceptos resultó innecesaria para decidir la libertad condicional del atribuido.

En mérito de lo expuesto, corresponde admitir el planteo de la defensa pública de S., disponer la anulación de las decisiones de fojas 87/89 vuelta y de la hoja 111 y vuelta y, reenviar a la instancia para que se tramite nuevamente el pedido de libertad condicional solicitado por el condenado.

Así voto.

De conformidad con los votos emitidos oportunamente, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente

---------- SENTENCIA ----------

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por la defensa;

2°) Anular las resoluciones n° 2799/2018 (hojas 87 a 89/vuelta) y n° 3322/2018 (hoja 111 y vuelta);

3°) Reenviar el caso a un nuevo tribunal de ejecución, para que vuelva a sustanciar el pedido de libertad condicional formulado a favor de K. J. S.; y

4°) Protocolícese, notifíquese y comuníquese.

ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

MIGUEL ANGEL DONNET

MARIO LUIS VIVAS

José A. FERREYRA
SECRETARIO

REGISTRADA bajo el Nº ....12.....del Año 2018.....CONSTE.-

José A. FERREYRA
SECRETARIO

AVÍVALO OiHAw