

Causa n° 10.072; Olivera, Alejandro Héctor s/ robo. Sala I

///la ciudad de Mar del Plata, a los 25 días del mes de abril del año dos mil seis, se reúne la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal en acuerdo ordinario, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 10.072, caratulada "**Olivera, Alejandro Héctor s/ robo**", y habiéndose practicado oportunamente el sorteo de ley, del mismo resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: señores Jueces Marcelo Alfredo Riquert, Daniel Mario Laborde y Ricardo S. Favarotto.

El Tribunal resuelve plantear y votar la siguiente CUESTION:

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ RIQUERT DIJO:

Contra el auto de fs. 130/134 en el que el señor Juez de Ejecución "a-quo", Dr. Ricardo Gabriel Perdichizzi, en lo que aquí interesa, aprueba el cómputo de pena practicado por el Sr. Actuario, Dr. R. Gastón Albarenque respecto del condenado Alejandro Héctor Olivera (v. fs.123), la Sra. Defensora Oficial General Deptal., Dra. Cecilia M. Boeri interpone recurso de apelación (fs. 135/136).

Señala la Defensa Pública al expresar los motivos de agravio que le causa la resolución impugnada que tal como manifestara en oportunidad de observar el cómputo de pena practicado por el Actuario, el art. 38 de la ley nacional 24.660, no resulta aplicable en el particular. Proponiendo que la referida norma se interprete en función del art. 49 de la misma ley, es decir que "...el cómputo de pena diferenciado devendría aplicable en aquellos casos en que se incumpliera de manera grave o reiterada con las pautas acordadas al momento de acceder a este especial régimen, circunstancia que habilita presumir que durante los períodos que no hubo internación carcelaria no se cumplió pena...". Agrega que, otra interpretación resultaría injusta e incongruente con el sistema normativo, toda vez que no se podría explicar por qué los días en libertad condicional se computan como cumplimiento de pena y los días que permanece una persona en su domicilio cumpliendo prisión discontinua no agregan absolutamente nada en su cómputo de pena. Finalmente, sostiene que el cómputo de pena practicado de manera diferencial implica aproximadamente un 40% de cumplimiento de pena en relación al cómputo lineal, circunstancia -entiende- que choca contra la lógica y el sentido común, en la medida que prolonga el tiempo de la pena efectivamente impuesta.

La sustentación del decisorio en crisis pone el acento en una interpretación literal de la norma prevista en el art. 38 de la ley de Ejecución Penal Nacional (n° 24.660), la cual es aplicada en la especie de forma automática, sin pasar por el tamiz teleológico y sistemático como complemento necesario de subsunción y derivación de la norma general y abstracta al caso concreto, déficits en los que ha reparado la Defensa Oficial a través del recurso de apelación que abriera la jurisdicción del Tribunal y que -se adelanta-, merecen acogida.

En una primera aproximación al tema que nos ocupa cabe citar lo sostenido por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar cuando afirman que: "En cualquier concepción realista de las penas privativas de la libertad no puede identificarse la pena con el encierro. El encierro es la manifestación máxima de la privación de libertad, que rige para el cumplimiento de la mayor parte de las fases ejecutivas, pero el último tramo de la ejecución -aunque tenga lugar sin encierro- está sometido a una restricción ambulatoria, que no puede menos que considerarse pena" (autores citados, en "Derecho Penal Parte General", Ediar, Buenos Aires, Argentina, año 2.000, pág.914).

Si bien la prisión discontinua y la semidetención, no son más que privaciones de libertad parciales durante un período continuo (cfr. Kent, Jorge en "Derecho de la Ejecución Penal, Una Aproximación al Tercer Milenio", Ad-Hoc.-Bs. As., Primera Edición, 1.996, pág.241), el tiempo que la persona no concurre al penal (en razón de gozar del instituto de la prisión discontinua), debe computarse de la misma manera que los días que efectivamente sufre el encierro en una unidad carcelaria, pues, en ambos casos se trata de ejecución de pena, bajo una modalidad específica pero, ejecución de pena al fin.

En tal sentido, parece claro que cuando se obliga al condenado a obedecer ciertas reglas, aún cuando las mismas deban observarse en un ámbito distinto al estrictamente carcelario -"extramuros"-, no cabe duda que se ejerce sobre él una coerción punitiva que no puede menos que considerarse cumplimiento de pena. En el presente caso han sido expresamente establecidas las siguientes pautas de conducta: fijar residencia, continuar con tareas laborales, abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o estupefacientes, presentarse ante la Unidad Penal de Batán los días y horarios estipulados, no cometer nuevos delitos e informar cualquier circunstancia que implique un cambio de los domicilios de residencia o de actividad laboral, todo ello bajo apercibimiento de revocar en forma inmediata el régimen de prisión discontinua e inclusión del condenado Olivera en un régimen cerrado de

detención (cfr. fs. 9/12 y 13/14 del incidente de prisión discontinua que corre por cuerda al presente).

Siguiendo la misma línea argumental, considero que la disposición que contiene el artículo 38 de la ley 24.660 debe enlazarse con la regla de excepción que establece el artículo 49 de la misma ley, es decir que ambas normas deben entenderse aplicables en el sentido que en caso de incumplimiento grave o reiterado de las reglas fijadas para la concesión del instituto de la prisión discontinua o semidetención y que lleve a su revocatoria, no se computará matemáticamente el tiempo que haya durado la prisión discontinua (operando aquí el cómputo de un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución -art. 38 citado-), lo que resulta lógico por tratarse de un cumplimiento de pena que conlleva una menor restricción a la libertad ambulatoria.

Con esta inteligencia, se evita incurrir en una indebida prolongación material de la pena privativa de la libertad efectivamente impuesta. Repárese que de computarse la pena en la forma que lo hace el Juez "a-quo" (aplicando lisa y llanamente el art. 38 de la ley 24.660 sin considerarlo globalmente con el supuesto del art. 49 de la misma ley), el condenado estará sometido al cumplimiento de una pena por un tiempo que excede ampliamente respecto a la realmente dictada (en la especie se condenó a Olivera con fecha 05/07/05 a la pena de seis meses de prisión -cfr. fs. 109/111vta.-, comenzó a cumplir con el régimen abierto de prisión discontinua el 19/11/05 -cfr. fs. 122-, estableciendo el "a-quo" como fecha de vencimiento de pena el día 20/08/07 -cfr. fs.130/134-).

A la vez, la interpretación propuesta, analizada en clave constitucional, respeta los siguientes principios: **de legalidad penal** (arts. 18 y 19 de la C.N., 15 PIDCP y 9 CADH), **de razonabilidad** (arts. 1 y 28 de la C.N.), **de culpabilidad** (arts. 18C.N., 8 inc.2 CADH, y 14 inc.2 PIDCP), **al derecho a la dignidad** (arts. 33 C.N., 5 y 11 CADH y 7 PIDCP) y de **igualdad ante la ley** (arts. 16 de la CN, 24 CADH y 26 PIDCP).

El último de los principios referidos, en tanto la aplicación de otros institutos que operan en la etapa de ejecución penal (por ejemplo, salidas transitorias, libertad asistida, libertad condicional), tienen previsto como regla general que el tiempo en libertad (si bien sujeto a restricciones), sirva como abono de la condena impuesta (salvo los supuestos de excepción previstos en el art. 15 del C.P.).

Teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas, propongo al Acuerdo modificar el cómputo de pena aprobado por el Sr. Juez "a-quo", en tanto

fuera materia de apelación por la Defensora Oficial (arts. citados, 498, 500 y ccdtes. del C.P.P., ley 11.922 y sus modif.).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada los señores Jueces Laborde y Favarotto votaron en igual sentido por aducir los mismos fundamentos.

Con lo que finalizó el acuerdo en mérito de cuyos fundamentos el Tribunal **resuelve:** modificar el cómputo de pena aprobado por el Sr. Juez "a-quo", en tanto fuera materia de apelación por la Defensora Oficial (arts.citados, 498, 500 y ccdtes. del C.P.P., ley 11.922 y sus modif.).

Regístrese, notifíquese, devuélvase.

Firmado: Marcelo Alfredo Riquert, Daniel Mario Laborde y Ricardo S. Favarotto, Jueces de Cámara.

Ante mí: Juan Pablo Lódola, Secretario Subrogante.