

DERECHO PENAL DE MENORES. *Interpretación de la ley. Pautas. Medidas dispuestas en el período del tratamiento tutelar: Internación. Analogía con la prisión preventiva. Cómputo de la pena: cómputo del tiempo de internación. Tratamiento tutelar: finalidad. Licencias prologadas: naturaleza. PENA: Cómputo de la pena: cómputo de la prisión preventiva (art. 24 C.P.). Fundamento.*

I. Para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos, asimismo que ha de cuidarse que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, y que en las normas penales a estas reglas se añade que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal juvenil como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

II. En el especial régimen penal juvenil, la internación de un joven infractor en un establecimiento durante el cumplimiento del tratamiento tutelar, previo a la imposición o no de una pena, puede analogarse a la prisión preventiva en cuanto comparten la misma condición de ser privativa de la libertad de locomoción. Por esta condición común, el tiempo en que fue privado de su libertad, debe ser contabilizado como parte del monto total de la pena impuesta.

III. Las medidas dispuestas en el marco del tratamiento tutelar posterior a la declaración de responsabilidad, y de cuyo resultado dependerá la necesidad o no de la imposición de una pena (art. 4° de la ley 22.278), tienen características peculiares propias del régimen penal juvenil. Ello así, pues el tratamiento tutelar tiene un fin sociopedagógico, no es más que un instituto de probation, en el que el juez debe escoger la medida que más se adapta a las necesidades educativas del niño y a los principios de rehabilitación, proporcionalidad y mínima suficiencia que impone la normativa nacional y supranacional.

IV. Las “licencias prolongadas”, dispuestas en el marco del tratamiento tutelar, consisten en un cambio en la implementación socioeducativas, otorgándose un egreso provisorio que acentúa la probación, que suele extenderse en el tiempo –incluso con renovaciones sucesivas-. El Juez de Menores, en función del principio de mínima suficiencia debe

restringir la privación de la libertad al más breve plazo posible, y sin excluir la posibilidad que el menor sea puesto en libertad, aún antes del cumplimiento de la condena, por resultar más vulnerables a las influencias negativas del encierro, conforme las directrices fijadas en las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores” (“Reglas de Beijing”) (19.1), aludida en el preámbulo de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y en las “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad” (adoptadas por la Asamblea general en su resolución 45/113 del 14/12/1990). Entonces, estas “licencias prolongadas” no constituyen la misma internación, sino que consisten en otra alternativa educativa adoptada por el juzgador en mérito a los informes evolutivos presentados por los profesionales del establecimiento encargados de su guarda y son anteriores a la imposición de una pena, y el retorno a él da cuenta del cumplimiento de las pautas establecidas por el Tribunal.

V. El art. 24 del Código Penal, dispone que el tiempo que el condenado sufrió en prisión preventiva debe ser tenido en cuenta en el monto de la pena privativa de la libertad. El fundamento de esta compensación, es la suficiencia de la represión, pues para la ley, el encierro preventivo sufrido en relación a un delito que luego dio lugar a una condena, implicó en el sujeto una grave disminución de sus bienes que, al operar de ese modo

severamente en su ecuación de vida, da lugar, por suficiencia, a disminuir la pena a cumplir de la sentencia. En este plazo, no se computa el tiempo que durante la prisión preventiva del condenado estuvo excarcelado, sólo debe reducirse del monto de la condena el tiempo de detención efectivamente sufrido por el condenado.

TSJ, Sala Penal, Sent. n° 16, 21/02/2011, "J.I., F.N. – p.s.a. Robo calificado, etc. - Recurso de Casación", Vocales: Tarditti, Cafure de Battistelli y Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NUMERO: DIECISEIS

En la Ciudad de Córdoba, a los veintiuno días del mes de febrero de dos mil once, siendo las diez y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal Dra. María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos, "*J.I., F. N. y otros p.ss.aa. robo calificado, etc. -Recurso de Casación-*" (Expte. "J", N° 02/10), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Sra. Fiscal de Menores de Segunda Nominación, en contra

de la Sentencia Número tres, del cinco de marzo de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Menores de 1ra. Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

PRIMERA CUESTION: ¿Se ha aplicado indebidamente el art. 24 del C.P. ?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La Señora Vocal Doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia n° 3, del 5 de marzo de 2010, el Juzgado de Menores de 1era. Nominación, resolvió –en lo que aquí interesa-: “...IV) Dar por cumplidas las dos terceras partes de la pena impuesta y disponer la Libertad Condicional de F. N. J. I., J. J. N. y G. E. O. G., quienes deberán cumplir con las siguientes condiciones: 1) Residir en su actual domicilio e informar cualquier cambio de residencia. 2) Someterse al Programa de Libertad Asistida para su acompañamiento y apoyo. 3) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes. 4) Culminar el ciclo secundario de escolaridad, debiendo acreditar ante este Tribunal que asisten a establecimiento educativo a tal efecto. 5) Realizar evaluación psicológica en la Sede de la Subsecretaría

de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia a fin de determinar la necesidad de continuar con psicoterapia, la que deberán en su caso cumplir estrictamente y acreditar concurrencia ante este Tribunal. 6) No cometer nuevos delitos. 7) Abstenerse de concurrir a lugares de riesgo. 8) Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de Instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo” (fs. 2447).

II. La Fiscal de Menores de Segundo Turno, Dra. Ana María Anastasia de Bocco interpone el presente recurso de casación en contra del decisorio mencionado.

Con invocación del motivo sustancial de casación (art. 468 inc. 1° del C.P.P.), la recurrente denuncia la errónea aplicación de los arts. 13 y 24 del C.P., al incluir en el cómputo de pena los períodos correspondientes a los permisos prolongados de salida otorgados a los menores J.I., O.G. y N., dispuestos durante el tratamiento tutelar y con posterioridad a sus respectivas declaraciones de responsabilidad, y así otorgarles el beneficio de la libertad condicional dispuesta en el art. 13 del C.P. (fs. 2472 vta.).

Alega, que la correspondencia entre los institutos de medidas de coerción en el ámbito de la ley minoril y la prisión preventiva, subsiste en el modo de computar los plazos de privación de la libertad sufrida por los penados (arts. 24 del C.P.), por lo que debe reducirse sólo el tiempo de detención efectivamente sufrido en cuanto el monto de la pena privativa de la libertad. El fundamento de esta compensación, es la suficiencia de la represión (fs. 2473).

Según la recurrente, de las constancias de la causa surge que F.N.J.I. por el delito de Robo Calificado fue privado de su libertad el día 11 de diciembre del 2004, habiéndose discernido la guarda judicial privosoria el 31 de diciembre del mismo año, y en relación al delito de homicidio simple fue detenido el día 14 de enero de 2005. En tanto J.J.N. y G.E.O.G. fueron privados de su libertad por el delito de homicidio simple el día 8 de enero de 2005. Con fecha 15/2/05, el juzgado interviniente dictó la privación cautelar de la libertad con relación a los tres coimputados (art. 65 de la ley 9053), permaneciendo privados efectivamente de su libertad en cumplimiento de dicha medida hasta el día 29/12/06, oportunidad en que se dictó el cese de la misma. A partir de ese momento se les otorgaron permisos de salida experimentales al hogar por el término de 12 horas el día 24/12/06; luego se les acordaron permisos quincenales de fines de semana como asimismo permisos semanales, y así sucesivamente hasta llegar a la concesión de los permisos prolongados autorizados el 31/8/07. En esta última situación permanecieron por sucesivas renovaciones, hasta el día de la audiencia de debate en que se los condenó a una pena de 6 años de prisión; oportunidad en que se les concedió la libertad condicional dándoles por cumplidas las dos terceras partes de la condena –esto es cuatro años de prisión- incluyendo en este cálculo el tiempo en el que estuvieron en libertad con permisos prolongados –durante dos años y cinco meses- (fs. 2473 vta.).

Para el Ministerio Público, no se encuentra cumplidas las dos terceras partes de la condena de seis años de prisión, pues se requieren cuatro años de privación de la libertad efectivamente cumplidos, lo que no coincide con las constancias de la causa (fs. 2473 vta.).

Destaca, que el tratamiento tutelar o período de probation es el instituto específico del régimen penal de la minoridad a través del cual se pretende evitar la aplicación de una sanción penal, y ante el fracaso del mismo se erige como necesario el régimen penitenciario a fin de posibilitar que mediante el mismo se complete lo que no se ha logrado con el tratamiento tutelar (fs. 2473 vta.).

Las breves salidas autorizadas dentro del proceso socio educativo se conceden para afianzar vínculos familiares y promover la resocialización. En tal sentido, entiende que las únicas medidas que tienen naturaleza privativas de la libertad son las de internación que incluyen breves permisos mencionados (fs. 2474).

Para la recurrente, surge evidente que los permisos de salida prolongados por 30, 60 días, lo que en muchos casos, de acuerdo a la respuesta del encartado, se convierten en permanentes, significan un cambio radical en el régimen de internación dispuesto con anterioridad lo que se traduce en los hechos en la libertad ambulatoria del encartado y en el desprendimiento de la vida institucional, por lo tanto no deben incluirse en el cómputo de la pena impuesta. Cita jurisprudencia que abona su postura (fs. 2474 vta.).

III. El Dr. Juan I. Martínez Casas, ejerciendo la defensa técnica de G.E.O.G., presenta un escrito en adhesión al recurso articulado por la Fiscal de Menores, cuyo punto 6, brinda razones por las que a su parecer este embate resultaría improcedente (fs. 2488 vta./2489).

IV. A fs. 2492 el Sr. Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Provincia de Córdoba, Dr. José Antonio Gomez Demmel, mantiene el recurso de casación interpuesto por la Sra. Fiscal de Menores de 2° Turno.

V.1. La cuestión traída a estudio por la Sra. Fiscal de Menores, gira en torno a si las licencias prolongadas gozadas por los jóvenes, tanto en el período de tratamiento tutelar como las posteriores a la declaración de responsabilidad, debía computarse como tiempo de prisión preventiva en los términos del art. 24 del C.P.

2. El Tribunal a quo, en el mismo decisorio que impuso la pena de 6 años de prisión para los tres jóvenes (F.N.J.I., J.J.N. y G.E.O.G.), otorgó la libertad condicional (art. 13 C.P.) al estimar que ya se habían cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta. Para arribar a tal resultado, el a quo computó el período de permisos prolongados pues a su ver, estuvieron privados de su libertad personal, de acuerdo con lo previsto por la regla 11 de las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”, y en la última parte del art 19 de la Ley nacional 26.061: en situación de encierro, sin posibilidad de externación por propia voluntad. A partir del día treinta y uno

de Agosto de dos mil siete, los jóvenes iniciaron períodos de prueba a través de permisos prolongados de salida, los que se otorgaron bajo estrictas condiciones, que para el a quo significaron una afectación de libertades cuyo respeto es de orden constitucional. Consideró que si bien no se encontraba afectada la libertad personal, sí lo estaban otras de jerarquía constitucional, por ello valoró tal periodo como de “privación de libertad”, pues durante los permisos prolongados los jóvenes continuaban aún dentro de la etapa de Guarda Institucional y en el marco de las medidas tutelares previstas por art. 52 en sus incisos “c y “d”; siendo la etapa siguiente la Guarda a cargo de los padres, situación en la que cesaría su vinculación con el Instituto (fs. 2445/2446).

VI.1. Sobre el tópico traído a estudio, esta Sala Penal del T.S.J. ya se ha pronunciado en el precedente “Luna”, S. N° 53, del 19/3/10, en donde se analizó precisamente si las licencias prolongadas otorgadas durante el tratamiento tutelar previo a la imposición de la pena, debía computarse como tiempo de prisión preventiva en los términos del art. 24 del C.P.

En primer término, se recordó que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (CSJN, Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). La observancia de esa regla general no agota la

tarea de interpretación que debe realizarse en el *sub examine*, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con los principios políticos criminales que caracterizan al derecho penal juvenil, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

Se ha sostenido que según el art. 24 del C.P., el tiempo que el condenado sufrió la prisión preventiva debe ser tenido en cuenta en el monto de la pena privativa de la libertad. El fundamento de esta compensación, es la suficiencia de la represión, pues “para la ley, el encierro preventivo sufrido en relación a un delito que luego dio lugar a una condena, implicó en el sujeto una grave disminución de sus bienes que, al operar de ese modo severamente en su ecuación de vida, da lugar por suficiencia, a disminuir la pena a cumplir de la sentencia” (DE LA RUA, Jorge, Código Penal Argentino, Parte General, 2da. Ed., Depalma, Bs. As., 1997, pág. 354).

En este plazo, no se computa “el tiempo que durante la prisión preventiva del condenado estuvo excarcelado por la misma razón que deben computarse los días de detención a raíz de la causa, antes del dictado del auto de prisión preventiva. Esto es porque sólo debe reducirse del monto de la condena el tiempo de detención efectivamente sufrido por el condenado” (FEDERIK, Julio A., Comentario al art. 24, en

AA.VV., “Código Penal”, dirigido por David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. Hamurabi, Bs. As., pág. 326; Cfrm. DE LA RUA, ob. Cit., pág. 355; AYAN, Manuel N., “Ejecución penal de la sentencia”, Ed. Avocatus, Cba, 1998, pág. 53).

También se dijo que, en el especial régimen penal juvenil la internación de un joven infractor en un establecimiento durante el cumplimiento del tratamiento tutelar, previo a la imposición o no de una pena, puede analogarse a la prisión preventiva en cuanto comparten la misma condición de ser privativa de la libertad de locomoción. Por esta condición común, el tiempo en que fue privado de su libertad debe ser contabilizado como parte del monto total de la pena impuesta.

Esta afirmación a su vez, encuentra su fundamento en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/1990), que en su art. 11 dispone *“por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”*.

Se destacó que las medidas dispuestas en el marco del tratamiento tutelar posterior a la declaración de responsabilidad, y de cuyo resultado depende la necesidad o no de la imponer una pena (art. 4° de la ley 22.278), tienen características peculiares propias del régimen penal juvenil. Ello así, pues el tratamiento tutelar tiene un fin

sociopedagógico, no es más que un instituto de probation, en el que el juez debe escoger la medida que más se adapta a las necesidades educativas del niño y a los principios de rehabilitación, proporcionalidad y mínima suficiencia que impone la normativa nacional y supranacional (Conv. de los Derechos del Niño, arts. 40.1 y 4.4., Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –Reglas de Beijing-, arts. 5.1, 18.1., etc) (TSJ, S. N° 122, 25/11/04, “Bustamante”).

Se afirmó –tomando fundamentos del Tribunal a quo- que las “licencias prolongadas” *“consisten en un cambio en la implementación socioeducativas, lo que se verifica cuando –bajo el nombre de “permiso prolongado” u otro nombre, se otorga un egreso provisorio que acentúa la probación, egreso que suele extenderse en el tiempo –incluso con renovaciones sucesivas- hasta que su aceptable cumplimiento como permanente”*. El Juez de Menores, en función del principio de mínima suficiencia debe restringir la privación de la libertad al más breve plazo posible, y sin excluir la posibilidad que el menor sea puesto en libertad, aún antes del cumplimiento de la condena por resultar más vulnerables a las influencias negativas del encierro, conforme las directrices fijadas en las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores” (“Reglas de Beijing”) (19.1), aludida en el preámbulo de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y en las “Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de

Libertad” (adoptadas por la Asamblea general en su resolución 45/113 del 14/12/1990) (2).

Se concluyó que estas “licencias prolongadas” no constituían la misma internación, sino que consistieron en otra alternativa educativa adoptada por el juzgador en mérito a los informes evolutivos presentados por los profesionales del establecimiento encargados de su guarda y son anteriores a la imposición de una pena, y el retorno de él dan cuenta el cumplimiento de las pautas establecidas por el Tribunal.

Es por eso que pretender que el término que el joven ha permanecido extramuro, se incluya como prisión preventiva no tiene fundamento jurídico. Es que el tiempo computable en compensación por el art. 24 del C.P., aún cuando el joven infractor se le haya restringido en cierta manera su libertad al tener que someterse a ciertas condiciones, no puede ser equiparado a la prisión preventiva desde que la compensación sólo es por el tiempo de encierro efectivo.

2. Bajo este marco conceptual, encuentro razón al planteo de la impugnante, pues la juzgadora para otorgar el beneficio de la libertad condicional, expresamente consignó que computaba el plazo que los imputados estuvieron gozando de permisos prolongados.

Es así que a partir del 31 de agosto de 2007, la jueza de menores que en ese momento disponía sobre ellos, determinó “modificar la medida tular provisoria” y otorgó un permiso por el término de treinta días a fin que permanezca en su hogar a cargo de

sus progenitores, bajo ciertas condiciones. Estos permisos fueron renovándose mes a mes en las mismas condiciones, y al año siguiente en el 2008 fueron otorgados por 60 días, ininterrumpidamente hasta el día de la audiencia (fs. 1908; 1962; 1984; 2001; 2034; 2043; 2060; 2085; 2183; 2205; 2208; 2211; 2214; 2248; 2223; 2229; 2233; 2237; 2277). Con lo cual, este tiempo que gozó de los permisos prolongados, no deben ser computados a los fines de tener por cumplidas las dos terceras partes de la condena, pues durante dicho lapso no sufrió un encierro efectivo.

3. Por último, respondiendo al recurrente que adhirió al recurso del Ministerio Público Fiscal, adelanto que la vulneración de la prohibición de analogía in malam parte, no es de recibo. Es que, la defensa del imputado interpreta que no puede parangonarse el art. 65 con el art. 281 del C.P.P, para excluir los permisos prolongados del cómputo de la pena para acceder a la libertad condicional, pues ello conduciría a una analogía in malam partem, aplicando un instituto que el propio régimen penal juvenil excluye expresamente (fs. 2488 vta.). Es que la similitud entre la prisión preventiva y la internación –sin que se limite a la medida cautelar del art. 65 de la ley 9053-, encuentran su lugar común en que ambos conllevan necesariamente la privación de la libertad. Desde esta perspectiva, es que el tiempo en que el menor se encuentra internado debe computarse a los fines de la pena. Una interpretación contraria, esto es de no analogarlo, en caso de imponer la pena

no podría computarse el tiempo de internación como de encierro efectivo pues no serían asimilables y es precisamente lo que perjudicaría al imputado.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe resaltar al a quo la conveniencia de examinar, en el tiempo oportuno y siempre que los requisitos normativos lo permitan, la posibilidad de disponer otras alternativas previas a la libertad condicional, contempladas en la ley 24.660, que flexibilizan el encierro en la medida que el interno sea merecedor de las alternativas legales (salidas transitorias, prisión discontinua o semidetención, etc.).

Voto pues por la afirmativa.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal Aída Tarditti, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde:

I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Sra. Fiscal de Menores de 2º Turno, Dra. Ana María Anastasia de Bocco. En consecuencia casar parcialmente la sentencia atacada, solo en cuanto tuvo por cumplida las dos terceras partes de la pena impuesta y dispuso la libertad condicional de F.N.J.I., J. J. N. y G. E. O. G.. Las particularidades de la causa, hacen necesario reenviar el presente a los fines de que realicen un nuevo cómputo de la pena a cumplir.

II. Sin costas (art. 550/552 del C.P.P.).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal Aída Tarditti, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal, **RESUELVE:** I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Sra. Fiscal de Menores.

II. Casar parcialmente la sentencia atacada, en cuanto concedió la libertad condicional a los imputados F.N.J.I.; J.J.N. y G.E.O.G.

III. Reenviar la causa al Tribunal de origen a fin de que se realice un nuevo cómputo de la pena a cumplir.

IV. Sin costas (art. 550/552 C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.