

# *Poder Judicial de La Nación*

///nos Aires, 24 de octubre de 2012.-

## **AUTOS Y VISTOS:**

Se reúnen los jueces integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 de la Capital Federal, Héctor Grieben, como presidente del debate y los vocales Hugo Decaria y Adrián Martín, y la secretaria, Norma Iurisevich, para dictar los fundamentos del veredicto pronunciado en esta causa **N° 3772** seguida a **DAMIÁN JORGE BARRIOS** (sin sobrenombres ni apodos conocidos, de nacionalidad argentina, nacido el día 18 de diciembre de 1991, en Morón, Pcia. de Buenos Aires, hijo de Walter Jorge Barrios y de Elba Florinda Ibarra, con último domicilio real en Rodney n°1755, Rafael Castillo entre Alagon José de Yaguapey, Pcia. de Buenos Aires y constituido en Roque Sáenz Peña n°1190, 9° piso, de esta Ciudad -Defensoría Oficial n°11-, Prontuario de la Policía Federal Argentina T.M. n°70.416 y del Registro Nacional de Reincidencia n°02143159); por el delito de robo simple en grado de tentativa, en calidad de autor penalmente responsable.-

Intervienen en el presente proceso el representante del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Gustavo Luis Gerlero y la Sra. Defensora Oficial, Dra. Cecilia L. Mage.-

## **Y CONSIDERANDO:**

**I.** Iniciada la audiencia, se procedió a dar lectura al requerimiento de juicio obrante a fs. 81/83, en el que el Fiscal de grado atribuyó a Damián Jorge Barrios el siguiente hecho:

“Imputo a Damián Jorge Barrios el suceso acontecido el día 29 de junio de 2011, siendo aproximadamente las 17:30 horas, oportunidad

en que intentó sustraer el teléfono celular marca Samsung, modelo GT-B3410, propiedad de Ayelen Jurado.-

En efecto, en momentos en que ésta se encontraba viajando a bordo del ferrocarril Sarmiento -sentada en un asiento contiguo a la puerta central del vagón que se abre del lado del andén-, más precisamente en el trayecto que va desde la Estación Floresta hacia la estación Once, y extrajo el aparato telefónico del bolsillo de su campera para leer un mensaje de texto, fue sorprendida por el incuso quien de un fuerte tirón agarró tal objeto, produciéndose entre ambos un forcejeo y, dado que la formación había detenido su marcha en la estación Floresta, es que se prolongó por fuera del vagón, hasta que logró huir con el aparato celular, cayéndose al suelo la damnificada.-

Siendo impedido tal accionar por personal policial, quien al observar tal disputa, comenzó a perseguir al imputado, uniéndose otros transeúntes que estaban en el lugar, logrando la detención de Barrios en la esquina de la Plaza Flores. Durante la fuga arrojó el aparato telefónico, que fue acercado al lugar de detención por un particular que participó en la persecución”.-

El fiscal de instrucción calificó la conducta atribuida a Damián Jorge Barrios como constitutivo del delito

## *Poder Judicial de La Nación*

de robo en grado de tentativa, en calidad de autor (arts. 42 y 164 del Código Penal).-

**II.** Abierto el debate se les preguntó a las partes si tenían alguna cuestión previa que formular, a lo que responde la Sra. Defensora Oficial afirmativamente, acompañando constancias de la relación laboral de su asistido y lo que se refiere a las actuaciones respecto del Centro Provincial de Adicciones y Envién.-

**III.** Luego de ello, se le preguntó al imputado si deseaba formular algún descargo respecto de la imputación que le fuera formulada, previo ponerle en su conocimiento los derechos que le asisten.-

Al respecto Damián Jorge Barrios expresó que no va a declarar, especificando "no me acuerdo absolutamente nada de ese día". Luego de proporcionar sus datos personales, es interrogado por el Tribunal y las partes, con relación a su vida cotidiana expresando que se desempeña como recolector de residuos en la Municipalidad de la Matanza, desde enero de 2012, percibiendo la suma de \$6.500 mensuales. Preguntado sobre si posee adicciones, dijo "yo no consumo, hace una "banda", ese día consumí marihuana, era adicto antes, cuando salí en libertad empecé el tratamiento", "era poco lo que consumía; un porro". Preguntado si recuerda a qué hora, respondió "no me acuerdo".-

**IV.** En lo que hace a la recepción de la prueba, durante el debate, se les recibió declaración testimonial a las siguientes personas:

Emiliano Abregu. El testigo juró decir la verdad y refirió que no le comprenden las generales de la ley. A preguntas del Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal

relató que se desempeña como oficial de la comisaría n°42, de la P.F.A., no tiene vinculó alguno con el imputado, ni con las partes. A preguntas del Sr. Fiscal General, de si recuerda o tiene conocimiento respecto del hecho por el cual va declarar: contestó que no. El Sr. Fiscal le recuerda la fecha del hecho y el lugar, habiendo sido desplazado, por persona detenida de un presunto robo: "si, en realidad he tenido varios". A preguntas de si conoce al Agente Francisco Corrales: dice "no, no lo conozco, no lo recuerdo, yo trabajaba en la seccional n°50, pero algo se me viene a la memoria, sino me equivoco en el caso, una persona habría robado, cuando llegue al lugar, me entero que había robado un celular dentro del tren, no recuerdo si era damnificado o damnificada". A preguntas de si usted sabe si estaba el elemento que se había intentado robar: "no, no recuerdo con seguridad, no le quiero mentir". El Sr. Fiscal solicita la lectura de las partes pertinentes de la declaración de fs. 1/2. A lo que la Sra. Defensora Oficial, Dra. Mage, se opone y manifiesta que eso es incorporar por lectura, "si el testigo no recuerda, no lo recuerda". El Sr. Fiscal, ratifica su pedido, ya que es dar lectura a los fines de una ratificación o no de una constancia sumarial, en el caso y más allá del transcurso del tiempo, que en este caso ya han transcurrido más de un año, lo que es cierto que la función propia del aquí testigo, y tal como lo ha mencionado en el curso de la presente declaración ha tenido varios casos y en realidad la falta de recuerdo, es por la superposición de hechos semejantes en los cuales ha podido intervenir, de allí que en función del art. 391, inciso 3° del C.P.P.N., solicitó la lectura de las partes pertinentes a los fines de su

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

ratificación o no. La Dra. Mage, manifestó su queja, ya que es una incorporación encubierta. El Tribunal procede a dar lectura a las partes pertinentes. a lo cual manifestó: "el hecho es como lo había declarado, fuimos a colaborar, yo no lo conozco al agente, porque fuimos en colaboración ya que el agente había solicitado apoyo, el masculino ya se encontraba prevenido, el damnificado estaba, creo". A preguntas por el Sr. Fiscal a si había tomado contacto con el damnificado o si sabía del secuestro de algún elemento, respondió: "yo como oficial a cargo, arribo al lugar y prestó colaboración; el que va a tener más información es el agente u oficial, que vio el hecho, lo persiguió, lo detuvo y secuestró los elementos, por eso es muy vago lo mío, yo intervengo si o si, como apoyo, yo sólo superviso, lo que se acostumbra es que el oficial se haga cargo de la detención, yo no vi nada, no vi al chico correr, no vi nada, pero recuerdo un celular y una mochila, pero no quería decir lo de la mochila, porque acá no figura". A preguntas del Sr. Fiscal si recuerda como estaba la persona aprehendida, respondió: "estaba en el piso, próximo a un árbol". A preguntas del Sr. Fiscal si recuerda si el mismo estaba alterado, respondió: "no, no recuerdo". A preguntas de la Sra. defensora Oficial si recuerda como estaba Barrios: "estaba detenido, en el piso". A preguntas del Tribunal sobre como reacciona ante una persona con signos de encontrarse bajo efectos de estupefacientes o alguna alteración, que es lo que protocolarmente se hace, respondió: "nosotros llamamos al Same para que lo examine, y si requiere traslado, lo trasladamos o si no,o".-

Francisco Corrales.-El testigo juró decir la verdad y refirió que no le comprenden las generales de la ley.- A

preguntas del Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal manifestó que "se desempeña como agente de la Comisaría n°50 de la P.F.A.". A preguntas del Sr. Fiscal si recuerda cuál es el hecho y por el cual va a declarar, respondió: "Estaba desempeñando mis tareas en el horario de 15:00 a 21:00 horas, en Artigas y Bacacay de esta Ciudad, eran aproximadamente entre las 17: 45 o 18:00 horas de la tarde, me encontraba labrando un acta a un vehículo, cuando en un momento dado escucho un griterío, ahí en la parte de la estación de Flores, entonces veo a un femenino gritando, y luego veo un masculino corriendo a veloz carrera hacia Rivadavia, me informa el femenino que le había robado, el masculino que se encontraba corriendo, luego pido apoyo por comando, persigo al masculino, que corre en sentido a Rivadavia y cruza la plaza de Flores, y en la corrida se despoja de las cosas, yo continuo detrás de él hasta la Av. Rivadavia, cuando corre en sentido contrario al de la Avenida, zigzagueando a los autos, continuo detrás de él y luego da vuelta, corriendo en la mencionada avenida unos 50 metros, llega hasta la plaza de Flores, alcanzo a dar con él en Yermal y Cayetano, ahí informo a comando que la situación estaba controlada, luego se me acercan transeúntes, que me acercaron la mochila y el celular, luego se acerca la damnificada y luego llega un vehículo de apoyo, Aprehendo al masculino, secuestrando el celular y se labraron las actas de rigor". A preguntas del Sr. Fiscal nos dice que se le acercó la damnificada, la interrogó si tuvo alguna referencia de la damnificada en relación a la persona que estaba detenida, respondió: "si me dijo que era él, es más yo la intenté separar del masculino y reconoció el celular" . A preguntas del Sr. Fiscal si él fue

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

quien labró las actas, respondió: "no, mi compañero". A preguntas del Sr. Fiscal sobre cuántas cuadras corrieron, aproximadamente, respondió: "se corrió desde las vías del Sarmiento hasta el lugar donde fue detenido en Yermal y Cayetano; serían unos 250 metros". A preguntas del Sr. Fiscal si noto algo raro en la manera de correr, respondió: "Corría bien y rápido, al momento se cansó". A preguntas si notó alguna alteración a lo que hace a su estado sicomotriz, forma de hablar respondió: "No, no señor". A preguntas de la Sra. Defensora Oficial si lo escucho hablar, respondió: "Si, en ese momento estaba muy cansado, él estaba en el suelo esposado, recuperándose de la carrera y cuándo se lo interrogó respondió perfectamente". Se le exhibe la correspondiente acta, reconociendo su firma inserta en ella.-

Ayelen Aldana Jurado. La testigo juró decir la verdad y refirió que no le comprenden las generales de la ley. A preguntas del Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, refirió "que ese día se dirigía a la estación de Once, en el tren al que me había subido en Floresta. Estaba sentada. El chico me estaba mirando, yo estaba escuchando música y cuando llegue a la estación de Flores, me manotea el celular, porque estaba mandando un mensaje de texto, el me lo quiso arrebatarse, entonces forcejeando me lo saca y se tira a la vía, yo ya me había bajado del tren forcejeando con él, el se tira debajo de la vía, y bueno ahí fue cuando me saca el celular, entonces otro muchacho salió a correrlo por la plaza de Flores, porque yo después me caí producto del tironeo en procura del celular". A preguntas del Sr. Fiscal que sucede después cuando esta persona corre, respondió: "En un momento lo perdí de vista porque tenía la pierna hinchada, no lo

podía correr, pero después lo agarraron. Un hombre me dio el celular y una mochila, entonces yo se lo dí al oficial y después me llevaron a la Comisaría". A preguntas del Sr. Fiscal como corría, si trastabillaba o algo que llamara la atención, respondió: "Rápido, en ningún momento vi que se cayera". A preguntas si cruzó algunas palabras con él, respondió: "Hubo un par de cruces de palabras, más de mi parte, porque yo en ese momento tenía bronca". A preguntas a si era entendible lo que él decía, respondió: "No me acuerdo, me acuerdo lo que le decía yo". A preguntas a cuándo lo agarraron, vos te acercaste al lugar, era el mismo, no tuviste dudas, respondió: "si, era el mismo, no tuve dudas". A preguntas del Tribunal, el Sr. Fiscal preguntó como era la marcha, si era normal, respondió: "corría rápido, no se tambaleaba, yo no noté si estaba borracho ni drogado, no noté nada"

**VI.** Asimismo, se incorporó por lectura al debate la siguiente prueba documental e instrumental: acta de detención y notificación de derecho de fs. 6, actas de secuestro de fs.7, croquis del lugar de fs.8, vistas Fotográficas de fs.19 y fs.60/62; plano a mano alzada efectuada por la damnificada de fs.13 y certificado de antecedentes de fs. 17 del legajo para el estudio de la personalidad, informe médico-legal de fs. 23; informes socio ambiental de fs. 10/13 del legajo para el estudio de la personalidad, informe pericial de fs. 20 y copias simples de la relación laboral de Barrios y constancias del Centro de Adicciones Provincial de fs. 114/128.

**VII.** El fiscal Gustavo Luis Gerlero, en su alegato manifestó: "Sabemos que el hecho que se le atribuye al Sr.

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

Damián Jorge Barrios, tuvo lugar el día 29 junio del año 2011, en el horario de las 17:30 hora aproximadamente, oportunidad que según se consignara en el requerimiento Fiscal de elevación a juicio, el nombrado Barrios intentó sustraer el teléfono celular marca Samsung, propiedad de Ayelen Aldana Jurado. El episodio tuvo lugar cuando se encontraba viajando a bordo del Ferrocarril Sarmiento, la damnificada se encontraba sentada en un asiento contiguo a la puerta central del vagón, y más precisamente en el trayecto que va desde la estación Floresta a la estación Once. En esas circunstancias la damnificada extrajo el teléfono del interior de su cartera, para leer un mensaje de texto. Momento en el que fue sorprendida por Barrios quien de un fuerte tirón le arrebató tal objeto produciéndose en primer término un forcejeo, ya estando la formación detenida, en la estación Floresta, que se prolongó, inclusive por el andén, esto es afuera del vagón, hasta que finalmente el Sr. Barrios pudo huir con el aparato celular, en virtud de haberse caído la damnificada al piso. Sin embargo tal accionar fue advertido por personal policial, quien habiendo observado la disputa ya mencionada comenzó a perseguir al imputado, inclusive con la colaboración de otros transeúntes, logrando finalmente la detención de Barrios en la esquina de la plaza Flores, advirtiéndose que durante la fuga se había desprendido del aparato telefónico que fue arrimado al lugar de detención por un particular que había participado en la persecución. Esta adecuación fáctica con la que se abrió el debate, entiende esta parte que ha sido plenamente acreditada en curso de esta audiencia, contamos a tal efecto con los dichos del ayudante Emiliano Abregu, personal que prestó su

colaboración, pero más puntualmente con lo manifestado por la damnificada Ayelen Aldana Jurado, y también con lo mencionado por el agente Francisco Corrales, que es la persona que observa el forcejeo, cuando Barrios corre y finalmente formaliza su detención. Lo cierto es que al prestar declaración el Sr. Barrios, este mencionó que no recordaba absolutamente nada, que solamente sabía que ese día se había drogado con marihuana, ya que por ese entonces era adicto, y que había empezado un tratamiento, para lo cual habría acompañando constancias del lugar donde lo habría realizado. Ciertamente es que a poco que se coteje con los propios dichos de lo intervinientes de los testigos ya mencionados, habremos de advertir que los actos desplegados por el propio Barrios no se condicen con una persona que hubiera estado sometida en este caso, con sus facultades mentales alteradas, al punto tal de no dirigir sus acciones, me remito en el caso puntual a lo relatado por la testigo Jurado en el sentido de que no advirtió nada, en relación a encontrarse en estado de alcoholismo o con ingesta por el estilo, o los dichos del agente Corrales, a que Barrios corría muy rápido y que al momento de haberlo detenido habría notado solo que se encontraba cansado, también habría respondido a las preguntas correctamente, por lo demás también voy a remitirme al correspondiente informe médico legal que da cuenta que no existía al momento del hecho ningún tipo de alteración en la facultad mental del nombrado. Por lo cual, voy a tener por acreditada tanto la materialidad de los hechos, como la responsabilidad que por lo mismo le cabe al Sr. Barrios, el encuadramiento jurídico del caso es el de robo simple en grado de tentativa, conforme a las previsiones de los art.

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

45, 164 y 42 del C.P., y digo en grado de tentativa, por como se dio lectura y como se comprobó en este debate el hecho no fue consumado, por causas ajenas a la voluntad del causante, esto es la intervención de terceros y finalmente la detención a cargo del personal policial, por lo señalado también entiendo que no existen causas de justificación de la acción desplegada, ni tampoco eximentes de imputabilidad o culpabilidad, razón por la cual y de conformidad con lo ya señalado, entiendo que la pena a imponerse en orden al delito por el cual deberá responder en calidad de autor material y penalmente responsable, resultaría ser la de nueve meses de prisión y las costas del proceso. Asimismo, voy a solicitar de conformidad con lo normado en el art. 58 del C.P., imponga al Sr. Barrios la pena de tres años y nueve meses de prisión, accesorias legales y las costas del proceso, comprensiva de la precedentemente solicitada y de la pena de tres años de prisión de efectivo impuesta en la causa n°312, del Juzgado de Responsabilidad Juvenil n°2 del Departamento Judicial de Morón en la Pcia. de Buenos Aires y revocándose la libertad condicional que le había sido concedida con fecha 31 de marzo del año 2011, así que teniendo en cuenta su calidad de menor por entonces quien no corresponde en este caso la aplicación de la declaración de reincidencia, art. 50 del C.P.”

**IX.** La Sra. Defensora Oficial, Dra. Cecilia L. Mage, en su alegato, manifestó: “Entiendo que los testigos se aproximaron después del hecho, de manera tal que no presenciaron el suceso, por lo cual contamos con los dichos solamente de la damnificada, por lo que esto habilitaría sin lugar a dudas lo estipulado en el art. 3° del C.P.P.N., quiero plantear varias cuestiones, yo voy a hacer algunas

menciones en cuanto a lo que significa la aplicación de la pena, que significaría para el tribunal; ya que este tiene la posibilidad de analizar por completo la cuestión, la primera es que el Tribunal tiene la posibilidad de analizar el caso concreto, estar delante de una persona en la que hay evaluar toda su historia de vida. La primer cuestión, es que para el hecho concreto la pena solicitada por el Sr. Fiscal de nueve meses, nos parece desorbitada, puesto que al margen de ello, no tiene relación incluso con el hecho concreto, pero la cuestión que quiero efectuar es la de aplicar una pena que tenga de alguna manera alguna respuesta para evitar criminalización y evitar el ingreso de una persona en un instituto carcelario, por lo que debería tenerse en cuenta su historia de vida, tenerse en cuenta a su vez, que mi asistido se encuentra trabajando, el gran esfuerzo a través del órgano estatal, provincial y municipal que se ha hecho y tomar en cuenta todas las condiciones necesarias, para ver si realmente es aplicable la pena de efectivo cumplimiento como la que solicita el Sr. Fiscal. Nosotros no compartimos eso y creemos que en este caso el Tribunal si eventualmente tendría que condenar a mi asistido, ella puede ser una pena de ejecución condicional, es decir, una de las críticas es que podría ser sometido a una segunda ejecución condicional, en este sentido vamos a hacer una mención, la cual es el antecedente, una condena que es primera condena, ella tendría que haber sido en suspenso, de acá que se arrastra un error, el cual los señores jueces pueden corregir, ya que era la primera condena y tendría que haber sido en suspenso; en segundo lugar, era un trámite de un proceso de menores, como sostuvo el Sr. Fiscal y voy a hacer un paralelismo estricto

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

de la ley, al cual no puedo referirme en esa condena en materia de reincidencia, por que es de menores, claramente como lo estipula el art. 50 del C.P., porque tiene que entonces tener incidencia en la ejecución de una pena y en la revocación de la libertad condicional, haciendo un claro paralelismo de la misma manera, con el art. 14 del C.P., una sentencia dictada en el ámbito de un proceso de menores, el cual no debió haber sido de cumplimiento efectivo porque es la primera condena, y si ese es un error que viene arrastrándose y por que ha de continuarse con el error, tendría que haber sido de cumplimiento en suspenso por ser primera condena, entonces porque va a tener incidencia el pedido de revocación de la libertad condicional, estamos haciendo un paralelismo, no esta mal aplicar los argumentos, y también los criterios que evitan aplicar la condenación que pudieran ser de mayor incidencia, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de Barrios, mandarlo a una cárcel, solamente porque el primer Tribunal decidió condenar y declarar a una pena de prisión de efectivo. Si los jueces pueden tomar en cuenta estos criterios y a esto me refiero a la ley de igualdad, la ley del más débil, este es un caso de referencia. Ahora bien, me voy a referir a la causa n° 14.949, en la cual la imposición de la pena se deben analizar las características propias del delito, de modo que aquella no se transformé en una sanción art. 4, 5 y 8 de la Convención, obligando a los tribunales a dictar sentencias individualizadas, efectuando una conexión racional y proporcional, ante el inculpado. Este es el criterio que a nosotros nos parece adecuado, esta idea de mantener su libertad condicional, es una forma de corregir el error,

estableciendo el claro paralelismo que para nosotros es sustancial, teniendo en cuenta la no existencia de la declaración de reincidencia en condenas de menores, y una condena mal dictada en la cuestión de ejecución de pena, ya que se trata de la primera condena, y por otro lado lo que significa la revocación de la libertad, que para ello nuestro planteo es claramente mantener por un lado, su libertad condicional, la que viene gozando mi asistido y sostener una pena adecuada al caso, y adentrándonos en sus cuestiones personales, ya que es una persona que fue sostenido por su madre, con doce hermanos, en el que mi asistido en este momento se encuentra trabajando, de alguna manera sostiene a su familia y brinda su apoyo, y también esta superando una situación con gran apoyo familiar y con la asistencia del municipio, venciendo de esta manera su problema de drogas, todos estos contenidos, son para nosotros importantes, desde la hoja de vida de él, para tratar de justificar los argumentos jurídicos y lograr desde nuestro punto de vista, una eventual condena y que la misma se mantenga en el ejercicio de libertad condicional”.-

Últimas palabras el señor Presidente se le concede a Damián Jorge Barrios, quien manifestó: “estoy haciendo las cosas bien, estoy yendo a Envión, estoy trabajando, acá es el único lugar donde no me discriminan y ahora puedo ayudar a mi familia”

Luego de ello, se declaró cerrado el debate y se dictó el veredicto de fs. 164, que ahora se pasa a fundamentar.-

**Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO**

## *Poder Judicial de la Nación*

Los Dres. Héctor Grieben y Hugo Fabián Decaria,  
dijeron:

Con los elementos de juicio incorporados durante el debate, el Tribunal tuvo por probado fehacientemente que el día 29 junio del año 2011, en el horario de las 17:30 hora aproximadamente, Damián Jorge Barrios intentó sustraer el teléfono celular marca Samsung, propiedad de Ayelen Aldana Jurado.

El episodio tuvo lugar cuando la damnificada se encontraba viajando a bordo del Ferrocarril Sarmiento, sentada en un asiento contiguo a la puerta central del vagón, y más precisamente en el trayecto que va desde la estación Floresta a la estación Once.

En esas circunstancias la damnificada extrajo el teléfono del interior de su cartera, para leer un mensaje de texto, momento en el que fue sorprendida por Barrios quien de un fuerte tirón le arrebató tal objeto produciéndose en primer término un forcejeo, cuando la formación se hallaba detenida, en la estación Floresta, disputa que se prolongó, inclusive por el andén, dado que la víctima se aferró al aparato y así egresó del vagón junto con el asaltante, hasta que finalmente Barrios pudo huir con el aparato celular, en virtud de haberse caído la damnificada al piso.

Sin embargo tal accionar fue advertido por personal policial, quien habiendo observado la disputa ya mencionada comenzó a perseguir al imputado, inclusive con la colaboración de otros transeúntes, logrando finalmente la detención de Barrios en la esquina de la plaza Flores, advirtiéndose que durante la fuga se había desprendido del

aparato telefónico que fue arrimado al lugar de detención por un particular que había participado en la persecución.-

B) Dichos sucesos delictivos encuentran sustento probatorio en la prueba testimonial, documental y pericial incorporada al debate.-

En tal sentido, contamos con la declaración de Ayelen Aldana Jurado quién relató las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló el hecho ilícito que la damnificara, todo de acuerdo a como fue descrito en la imputación más arriba asentada, así como también todo lo relativo al procedimiento de detención del acusado y el secuestro del teléfono celular que reconoció como propio.-

Por su parte, el testigo Francisco Corrales, quien dio cuenta las circunstancias señaladas y que en momentos en que se encontraba cumpliendo funciones en la intersección de las calles Artigas y Bacacay de esta Ciudad -próximo a la estación Flores del Ferrocarril Sarmiento-, escucho gritos de una persona de sexo femenino proveniente del anden del tren, observando que tal sujeto corría, mientras era sindicado por la víctima como el autor del hecho ilícito, razón por la cual comenzó a perseguirlo, observando como en su huída se despojó del aparato celular, hasta que logró detenerlo, siendo que un ocasional transeúnte, el cual se había unido a la persecución le alcanzó el objeto telefónico. Que simultáneamente se apersonó la damnificada Jurado, quien reconoció al autor del hecho, como así también al aparato celular en cuestión.-

Por otro lado, Abregu, expone las circunstancias posteriores a la aprehensión del procesado, prestando apoyo y colaboración al Agente Corrales.-

## *Poder Judicial de La Nación*

El cuadro de cargo se cierra con la documental también incorporada al debate, dentro de la que se puede mencionar acta de detención y notificación de derecho de fs. 6, actas de secuestro de fs.7, croquis del lugar de fs.8, vistas Fotográficas de fs.19 y fs.60/62; plano a mano alzada efectuada por la damnificada de fs.13 y certificado de antecedentes de fs. 17 del legajo para el estudio de la personalidad, informe médico-legal de fs. 23; informes socio ambiental de fs. 10/13 del legajo para el estudio de la personalidad, informe pericial de fs. 20 y copias simples de la relación de Barrios y constancias del Centro de Adicciones Provincial de fs. 114/128.-

USO OFICIAL

Es así que la valoración conjunta y armónica de las probanzas colectadas durante el debate oral y público y reseñadas en los párrafos precedentes, realizada acorde a las reglas de la sana crítica condensadas en el art. 398 de nuestro ritual, y mas allá que Damián Jorge Barrios haya manifestado no recordar absolutamente nada del hecho, efectuadas las confrontaciones necesarias, se debe hacer la salvedad que si bien respecto a las circunstancias fácticas en dichas piezas procesales asentadas, se puede arribar a una respuesta positiva en tales aspectos, lo cierto es que la imputación delictiva allí adoptada aparece relacionada adecuadamente con aquellos elementos de juicio,

### **SEGUNDO**

La conducta tenida por cierta precedentemente, encuentra adecuación típica en la figura de robo simple en grado de tentativa (art. 42, 45 y 164 del C.P.).-

En el hecho que nos ocupa, el tipo penal básico en análisis -robo- requiere para su configuración que el

apoderamiento ilegítimo se realice mediante la aplicación de fuerza en las cosas o con violencia física sobre las personas, sea que la misma tenga lugar antes del apoderamiento para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar la impunidad.-

La violencia requerida para el tipo penal en estudio se encuentra debidamente acreditada, toda vez que Barrios para sustraerle el teléfono celular, que la víctima poseía, forcejeó con ella, venciendo la resistencia de la misma, logrando así que la damnificada se cayera al piso, para emprender rápidamente su fuga.-

El hecho en cuestión ha quedado en grado de conato, pues en ningún momento el encausado tuvo la disposición del efecto secuestrado, ya que en ningún momento fue perdido de vista, primero por la víctima y luego por el personal policial que formalizó su detención.-

La capacidad de culpabilidad no ha sido cuestionada ni existen probanzas que hagan dudar de ella, por lo que el procesado resulta ser autor penalmente responsable (art. 45 C.P.), teniéndose en cuenta para esta en definitiva, los informes médicos legistas de fs. 23, máxime cuando ninguno de los testigos presenciales han dado pábulo a la excusa ensayada por el incuso en punto a la ingesta de sustancias estupefacientes, su andar a la carrera denota claramente que ninguna anormalidad sufría al momento del hecho.-

### **TERCERO**

Para graduar la pena que se impondrá a Damián Jorge Barrios se debe tener en cuenta que pese a que la ley lo permitía no le fue otorgada nunca la libertad condicional, su actual situación de vida, destacándose que actualmente se

## *Poder Judicial de La Nación*

encuentra trabajando, con un salario que le permite vivir dignamente. El mismo manifestó que ha dejado de consumir drogas y que la pena ha imponer para el caso, de superar los tres años de prisión sería perjudicial para su reinserción en la sociedad, por lo que consideramos conveniente que se le debe aplicar por este hecho la pena de seis meses de prisión y costas, unificándola en la de tres años de efectivo cumplimiento que ya le había sido dictada por el Tribunal provincial.-

Como consecuencia deberá mantenerse la pena de tres años de prisión que oportunamente se dictara, disponiendo que continúe en libertad condicional y cumpliendo con todas las pautas que se le fijaran en la sentencia provincial aludida.-

El juez Adrián Martín dijo:

Por compartir, en lo sustancial, los argumentos vertidos en el voto que antecede coincido en que la acción imputada ha quedado acreditada en el debate, que constituye el delito de robo en grado de tentativa (arts. 42 y 164 CP), y que no mediaron causas que excluyan la antijuridicidad o la culpabilidad.

### **Determinación de la pena e implicancias de la condena en la libertad condicional**

I. En lo que hace a la determinación del monto punitivo, he explicitado ciertas pautas desde las sentencias dictadas en las causas n° 3537 "Cerqueira, Diego y Blasco, David s/robo agravado", y n° 3542 "Serrano, Miguel A. y Diaz, Andrés M. s/ robo agravado" -ambas del registro de este tribunal-. Desde ellas he mantenido que considero que por imperativo legal y constitucional -ante la ausencia de otra pauta normativa- corresponde establecer como punto de ingreso

en la escala penal, el mínimo de ella. A partir de ese punto de ingreso deberá, según este criterio, habilitarse mayor poder punitivo alejándose del mínimo de la escala exclusivamente ante la existencia de agravantes contenidos en el injusto y, por otra parte, reducir esa habilitación punitiva de concurrir pautas atenuantes, sean éstas últimas del injusto o de la culpabilidad.

En consecuencia, debo indicar que advierto como elemento **agravante** del suceso juzgado el ejercicio de violencia desplegada para el desapoderamiento, siendo ella la modalidad más gravosa de las dos que contempla el tipo penal. Asimismo en el caso esa violencia implicó que la damnificada saliera de la formación de ferrocarril y cayera al piso.

Sin embargo, se observan otras cuestiones **atenuantes** que incidirán sustancialmente en la propuesta que habré de formular.

**II.** No obstante ello, y previamente a la evaluación de atenuantes deben indicarse algunas otras cuestiones que incidirán en la propuesta final que habré de efectuar. En primer lugar, se observa que Barrios pudo haber sido condenado a una pena de ejecución condicional al momento de aplicársele la pena que dispuso el Juzgado de Responsabilidad Juvenil n° 2 del depto. judicial de Morón (PBA) en la sentencia dictada con fecha 26 de septiembre de 2010. El juez debió fundamentar las razones por las cuales aplicaba una pena en forma de cumplimiento efectivo, tal como lo ha indicado la CSJN ("Squilario", Fallos 329:3006; "Oyarse", Fallos 330:2836; y "Delfino", Fallos 331:477), sino que además se desentendió de la aplicación de la escala reducida para los imputados menores de dieciocho años (CSJN

## *Poder Judicial de La Nación*

"Maldonado", Fallos 328:4342). Esa situación no es un mero desacuerdo dogmático sino que posee concretos efectos en el caso que aquí se juzga puesto que se liberó a Barrios en términos de libertad condicional el 31 de marzo de 2011, luego de haber cumplido en prisión algo más de un año de su condena de tres años de prisión.

En consecuencia, la relevancia de la situación radica ahora en que esta sentencia que ahora se dicta, al hallarlo responsable del delito cometido el 26 de junio de 2011, debería unificar la pena con la ya indicada y, además, revocar la libertad condicional (art. 16 CP). Ello implicaría que Barrios volviera a ser prisionizado y tuviera que aguardar para obtener su libertad estar en condiciones de "libertad asistida" (art. 54 ley 24.660).

En segundo lugar, también advierto que Barrios posee otros dos procesos penales en trámite por imputaciones que dan cuenta de hechos presumiblemente cometidos el 13 de junio de 2008 y 10 de abril de 2009, es decir, con anterioridad a su primer condena.

Como se observa, sin perjuicio de la condena que aquí se dicta, una posterior condena en alguno de los dos procesos en trámite, habilitaría la obligatoriedad de dictar condena única -no ya pena única como sí corresponde en este caso- y en consecuencia le permitiría a Barrios lo que aquí extrañamente no posee: la posibilidad de que la pena a tres años de prisión comprensiva de todos los hechos juzgados, fuere de cumplimiento en suspenso, o al menos de que desapareciera la libertad condicional dispuesta y con ello no hubiere nada para revocar por la comisión de un nuevo delito.

Es decir, que se observa otra cuestión de también gran relevancia: Barrios deberá buscar en alguno de sus dos procesos aún en trámite una condena, ya que una absolución lo perjudicaría.

Esas situaciones detalladas, una de ellas por cierto muy paradójica, resultan una necesaria antesala explicativa a una cuestión que se halla enmarcada por derechos constitucionales que pueden ser afectados seriamente.

En efecto, en el caso de estudio no sólo estamos en presencia de aquellas particulares situaciones procesales, sino que lo más relevante es que además concurren pautas **atenuantes** de entidad que deben ser tenidas en consideración, máxime si se valoran las consecuencias que conllevaría una aplicación de las reglas legales sin considerar la finalidad de la pena tal y como ha sido convencionalmente dispuesta (art. 5.6 CADH y art.10.3 PIDCyP, entre otros).

**III.** La CADH y el PIDCyP, entre otros instrumentos internacionales, establecen que el fin de la pena es la "reforma y readaptación social". Sabido es que esa ideología de la prevención especial positiva con auge hace algunas décadas ha sido criticada con razón por parte de la doctrina (cfr. entre muchos otros: Zaffaroni, Raul - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro; "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Bs. As., 2000, pp 53/62).

Sin embargo, las penas de prisión siguen siendo la forma impuesta con más habitualidad por la legislación para sancionar delitos. Ante esa situación fáctica e inmodificable, de momento, corresponde que las agencias judiciales hagan efectiva esa cláusula convencional

## *Poder Judicial de la Nación*

procurando, por un lado, tratar de evitar e impedir, de la forma más eficiente posible, las otras afectaciones que con la privación de libertad trae aparejada la prisionización.

No obstante ello, por otra parte, también es ineludible redefinir la disposición convencional como un derecho del condenado. Conocido por todos es que enorme mayoría de las personas abarcadas por la criminalización secundaria son quienes pertenecen a los sectores más vulnerables de la población.

Sólo por indicar breves referencias, extraídas del informe realizado por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 2012, basta señalar lo siguiente: de los aproximadamente sesenta mil prisionizados en el país (incluyendo los más de treinta mil que están en prisión gozando de su estado de inocencia), cuatro mil de ellos no tenían instrucción formal, otros catorce mil poseían ciclo primario incompleto, y otros veintidós mil lo habían completado sin ingresar en la educación secundaria.

De aquellos aproximadamente sesenta mil prisionizados (incluyendo los que, en prisión, mantienen su estado de inocencia) también cabe decir que, al momento de ser detenidos más de cuarenta y tres mil no tenían empleo o poseían uno sólo de tiempo parcial.

También es posible destacar que de la población referida, más de veinticinco mil no tenía ni profesión ni oficio al ser detenido, que en prisión más de cuarenta y dos mil no es partícipe de programas de capacitación laboral, y que treinta mil no tienen capacitación escolar.

Sería viable también referirse a los informes de otras organizaciones internacionales, gubernamentales o no

gubernamentales, respecto del estado edilicio de las cárceles, del cumplimiento en la prestación de un adecuado derecho a la salud, y la prohibición de torturas y tratos crueles (cfr. en ese sentido entre muchos otros cabe citar los informes del Comité de DDHH respecto de Argentina, los informes anuales de la Comisión Provincial por la Memoria (CPM), los informes anuales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), los informes específicos de diversas unidades carcelarias del país de la Asociación Pensamiento Penal (APP), los informes de la Procuración Penitenciaria -en especial el amicus curiae presentado ante la Comisión IDH relacionado a los traslados compulsivos-).

En consecuencia, si la ley penal alcanza casi siempre a los más vulnerables -muchas veces porque esa misma condición les ha impedido construir su invulnerabilidad al sistema-, el encierro estatal debería, al menos, ofrecerles la posibilidad que les negó en sus infancias, adolescencias y juventudes, es decir: de disminuir esa vulnerabilidad. Sin embargo, ello tampoco ocurre.

Ahora bien, advierto que el caso de Barrios da cuenta -una vez más- de una persona en situación de grave vulnerabilidad respecto de la cual el Estado interviene activamente recién cuando comete un delito y, además, lo hace prisionizándolo.

**IV.** He dicho desde la sentencia dictada el 09 de marzo de 2012 en la causa "Ares" n° 3702 del registro de este tribunal, que a los fines de establecer las atenuantes en la determinación de la pena deben considerarse las situaciones que atravesó la Argentina en las últimas décadas. Así señalé allí que en el contexto del análisis de la vulnerabilidad no

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

es posible desentenderse de que durante las últimas décadas del siglo XX se sucedieron procesos económicos, políticos y sociales de marcada relevancia. Los cambios sociales que se registran desde mediados de la década que se iniciara en 1970 han modificado, amplificando y diversificando el cuadro de la pobreza, y ello dio lugar a la emergencia de segmentos pobres no estructurales, es decir que no provienen de situaciones de pobreza histórica consolidada, y al mismo tiempo se agudizó la situación de algunos segmentos de hogares que habían emergido de esa condición, colocando en una situación de vulnerabilidad a franjas significativas de familias.

La década que se inició en 1990 agravó la situación y en ese sentido se ha dicho que el ingreso al trabajo desde la niñez está asociado con la pobreza, a punto tal que en nuestro país a inicios de la década iniciada en 1990 más del 25% de los niños y niñas de 14 años del país pertenecían a hogares con necesidades básicas insatisfechas (NBI) o pobres estructurales, estaban económicamente activos.

No está demás destacar la forma de obtención de ingresos de tales niños: vender objetos en la calle, bares, subterráneos, abrir la puerta de taxímetros, "cuidar" vehículos estacionados, limpiar parabrisas o juntar cartones y otros desechos de la basura, solos o junto a algún miembro de su familia.

Las transformaciones sociales, en particular en la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano, acaecidas desde mediados de la década iniciada en 1970 y agudizada en la que se iniciara en 1990, llevaron al quiebre de las antiguas estructuras laborales y familiares que habían organizado la existencia de la mayor parte de la sociedad argentina. Sabido

es que en la década iniciada en 1990 ciertas formas de consumo básico también se tornan progresivamente inalcanzables. Muchas de las personas nacidas o criadas en un contexto socioeconómico desfavorable tienen como rasgo compartido, entre otras cosas, el haber sufrido desde su infancia desestructuración y privaciones.

En ese contexto recuérdese que hacia fines de 1999, los jóvenes desocupados duplicaban la tasa nacional de desempleo, que el 40% de los jóvenes estaban bajo la línea de pobreza, que el censo del año 2001 indicó que 1.000.000 de adolescentes de 15 a 19 estaba fuera del sistema educativo, y que en 2003 siete de cada diez niños y niñas estaba ubicado por debajo de la línea de pobreza. (Cfr. en este sentido innumerables estudios entre los que pueden mencionarse UNICEF, Informe 2003, UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2003; UNICEF, Informe 2004, UNICEF Argentina, Buenos Aires, 2004; Feldman, Silvio et. al, "Los niños que trabajan", UNICEF, Buenos Aires, 1997; Konterllnik, Irene y Jacinto Cludia (comps.), "Adolescencia, pobreza, educación y trabajo", Buenos Aires, Losada /UNICEF, 1996; Forni, Floreal (1993), "Trabajo rural de menores de 14 años (examen de fuentes, estadísticas e investigaciones monográficas)", Informe preparado para la OIT, Buenos Aires. OIT/UNICEF/MTSS, 1993; Tenti Fanfani, Emilio, *La escuela vacía*, Buenos Aires, UNICEF/ Losada, 1993; UNICEF/INDEC/Siglo XXI Editores, *Infancia y pobreza en la Argentina*, Buenos Aires. 1990; UNICEF, "Análisis de situación, menores en circunstancias especialmente difíciles", República Argentina, capítulo II del Informe N° 10, Serie Divulgativa, Programa Regional Menores en Circunstancias Especialmente Dificiles, Colombia,

## *Poder Judicial de la Nación*

UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 1992; entre muchos otros.).

Ese marco no puede ser desoído a la hora de establecer el monto punitivo a aplicar a alguien que ha cometido un delito contra la propiedad, máxime si se considera su historia de vida en particular en los años de fines del siglo XX, en particular la edad con la que contaba en dichos años, el contexto socioeconómico de su familia y el grado de vinculación a ella, como así también sus condiciones laborales.

A ello deben añadirse algunas de las palabras con que la perito Sofía Tiscornia, en su carácter de antropóloga, se expresara en la audiencia ante la CorteIDH el pasado 30 de agosto de 2012, en el marco del caso "Mendoza y otros c. Argentina".

En esa audiencia, en la que se analizaba la responsabilidad de Argentina por imposición de graves penas de prisión a adolescentes, se refirió Tiscornia a los efectos de la aplicación de la ley en las personas.

En tal sentido es relevante destacar que inició su explicación, explicando que "los humanos somos seres situados en el mundo y por ello nuestros actos deben juzgarse también en contextos históricos concretos".

En ese marco, añadió la necesidad de hacer una "...breve referencia al contexto social en la que estos adolescentes, como tantos otros fueron condenados...". Es así es que afirmó, sobre el objeto de su pericia que "...eran chicos de dieciséis [o] diecisiete años que han iniciado su adolescencia en la década del noventa en Argentina. Década de despidos masivos, de pérdida del lugar de trabajo como eje

ordenador de la vida barrial y familiar, de desmantelamiento del armazón de contención del Estado. Este contexto que podemos llamar de instalación de la precariedad impide, en particular a los sectores pobres, organizar un tipo de vida estable que habilite la formación de una identidad laboral, la construcción de un oficio y un proyecto de vida...".

Al respecto agregó que "...todos realizaron desde adolescentes trabajos de poca calificación insuficientes para aprender oficios... [y que] sus padres no tenían trabajo estable y sus madres tenían trabajos precarios y extenuantes...".

Con relación a las implicancias en la construcción del proceso identitario de los adolescentes encarcelados dio cuenta de las alternativas nada auspiciosas que poseen. Así dijo Tiscornia: "¿Qué puede hacer un adolescente en estas circunstancias: puede dejarse morir, enloquecer, enajenarse - lo que ocurre con frecuencia-... o puede sino asumir esa identidad, que es la que los tribunales o la penitenciaria van creando a través del castigo sistemático. `Ser la cárcel', ser un delincuente. Mantenerse vivo a costa de asumir todo lo que se le impone: los golpes, una forma de caminar, de vestirse, de obedecer, de aceptar la arbitrariedad, la sumisión. Quienes han padecido y padecen la cárcel desde muy jóvenes coinciden en el temor de no poder sacarse esa identidad maldita e impuesta cuando vuelvan a la vida social...". (cfr. video grabado por la misma CorteIDH y disponible en <http://vimeo.com/album/2058855/video/48744734>).

Con la salvedad de la extensión temporal de la gravedad de las penas impuestas en el caso "Mendoza", las restantes apreciaciones son de aplicabilidad en este caso.

## *Poder Judicial de la Nación*

**v.** En efecto, nada de lo referido precedentemente resulta ajeno al caso que nos ocupa. Advierto que Barrios posee una gran cantidad de circunstancias que indefectiblemente deben considerarse en el sentido referido y que, en términos jurídicos deben ser considerados como **atenuantes** de gran entidad que llevará a la solución que propongo.

Obsérvese que Barrios **a)** es un joven de apenas 20 años, **b)** que proviene de un estrato socioeconómico bajo, **c)** que pudo completar en su instrucción formal sólo hasta el 6° grado, dejando los estudios al repetir 7° grado, por la necesidad de trabajar **d)** que se inició laboralmente a los 12 años de edad como ayudante de albañil, y que a los 14 años ya trabajaba repartiendo gaseosas **e)** que se inició en el consumo de estupefacientes a los 12 años de edad mediante la inhalación de "Poxiran" y que a los 15 consumió marihuana y cocaína, **f)** que su padre estuvo detenido cuando él tenía la edad de 10 años, y que actualmente ha vuelto a ser prisionizado, **g)** que su madre se desempeña en tareas de limpieza de casas particulares, **h)** que convive con un amplio grupo familiar que lo contiene -madre y seis hermanos, e hijo de una de ellos-, **i)** que en ese amplio grupo familiar todos trabajan, **j)** que el trabajo de la mayoría de este grupo, al igual que el de Barrios, se destina a pagar los gastos de alimentación y vivienda de la casa que alquilan, **k)** que la casa donde viven es de dos habitaciones, con características "modestas", no tiene gas natural y está ubicada sobre calle de tierra en el barrio denominado "Villa Escaso" en la localidad de Gonzalez Catán, **l)** que luego de estar prisionizado realizó un tratamiento de rehabilitación para

superar su adicción a los estupefacientes en un CPA de la localidad de San Justo, **m)** que en la actualidad estaría completando el ciclo de instrucción primario, **n)** que actualmente trabaja como recolector de residuos en la empresa "Martin Martin" desde el mes de enero de 2012 -cfr. recibo y demás constancias de fs. 114 y ss-, **ñ)** que actualmente tiene apoyo de su grupo familiar y de un "grupo asistencial" al que concurre habitualmente, **o)** que en el informe socioambiental se indica que "posee dificultades en la conceptualización y también en la pronunciación", añadiéndose que "suele tener dificultades para comprender la consigna que se le presenta como pregunta", **p)** que no obstante ello, se refiere en dicho informe que posee como proyecto, finalizar sus estudios e ingresar a trabajar en la industria metalúrgica.

Considérese además que, luego de su adicción a los estupefacientes desde los 12 años de edad, y luego de que fuera captado varias veces por sistema penal desde sus dieciseis años, salió en libertad a los diecinueve años.

Cierto es que a los pocos meses cometió el robo por el cual aquí se lo juzga. Sin embargo, también es cierto que luego de ello no sólo no cometió ningún delito sino que tampoco recibió imputación penal alguna. Tampoco es menor que afrontara su situación de adicción e iniciara un tratamiento de rehabilitación coetáneamente con la continuación de sus estudios. Aún menos irrelevante es que consiguiera trabajo estable desde inicios de este año y lo desempeñara con habitualidad, y tampoco es nada nimio que a las audiencias del juicio concurriera con su madre quien, invariablemente lo acompañara sentada en el sector asignado al público.

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

Solamente puede aplicarse inflexiblemente la ley infraconstitucional si se considerara que el Estado estuvo con Barrios cuando lo necesitó en su infancia; o bien, si se considerara que durante el tiempo en que estuvo prisionizado, el Estado compensó sus deficiencias, o que al menos no las agravó. Solamente puede aplicarse inflexiblemente e irreflexivamente la ley infraconstitucional si se considerara que reducir cierto nivel de vulnerabilidad no se hace sino con un esfuerzo personal y familiar que, muchas veces es casi imposible. Solamente puede aplicarse inflexiblemente la ley infraconstitucional si se considerara que alejarse de una muy temprana adicción a sustancias estupefacientes se logra de un día para otro, y no mediante un proceso complejo en el que interviene el esfuerzo personal, el apoyo institucional, la contención familiar, el logro de un trabajo, pero también las posibles dificultades y retornos a ciertos lugares conocidos. En suma, me pregunto si, frente a las disposiciones constitucionales referidas, y luego de que el Estado le mostrara a ese niño su peor cara, ahora que lentamente va reconstruyendo su identidad, lo retrotrajera mediante el burocrático expediente de la revocación irreflexiva de la libertad condicional.

**VI.** En las causas n° 3433 "Soria" y n° 3617 "Fontana, resueltas el 05 de diciembre de 2011 y el 14 de mayo de 2012, respectivamente, al analizar el carácter meramente indicativo de los mínimos punitivos de las escalas penales, efectué algunas citas que nuevamente resultan necesarias.

Allí indiqué que no podía concluir ese apartado sin citar las breves pero irrefutables palabras de Rubén Quiñones en el

voto que dictara en la causa n° 3347 "Mareco Pérez, Toribio - Duarte Ortiz, Myriam Beatriz s/Infracción a la ley 23.737" del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, cuando sostuvo que "...no puede perderse de vista que la pena es -como su nombre lo indica- una *pena*´, esto es un mal que se causa intencionalmente. Que las leyes penales autoricen su imposición, no modifica su intrínseca naturaleza, presenta un componente segregatorio que los llamados ´beneficios carcelarios´ no alcanzan a disimular...", añadiendo con cita de Massimo Pavarini que "[n]osotros sabemos que la criminalización no puede tener ningún éxito en reducir la criminalidad, esto es una coincidencia de todos los investigadores del mundo. En ese sentido, la pena no es útil. La criminalidad, si existe como noción, no se reduce a través del derecho penal. Sabemos que el derecho penal es sufrimiento, es dolor. Un instrumento que ocasiona sufrimiento en la sociedad debe ser reducido a su expresión mínima"

Agregaba en dicho voto Quiñones que "si la pena es -como señalé- un mal, el principio de humanidad nos impone administrarlo de la manera que irroque el menor daño posible, pues de otro modo se tornaría en cruel. La cuestión es que la pena no puede ser cruel en ningún momento: ni cuando se conmina legislativamente, ni cuando nos corresponde imponerla, ni cuando se cumple, ni después de cumplida"

Se ha dicho ya que debe reputarse como "pena cruel, inhumana o degradante" toda aquella que exceda o trascienda los límites de la culpabilidad y lesividad por el acto mismo. En consonancia con esa perspectiva de abordaje, la ComisiónIDH también ha afirmado que no analizar las

## *Poder Judicial de La Nación*

USO OFICIAL

características propias del delito y del acusado para imponer una pena apropiada para el caso, transforma dicha pena en una sanción inhumana e injusta. Asimismo añadió en los alegatos finales en el caso "Hilarie Constantine c. Trinidad y Tobago" que "...los artículos 4, 5 y 8 de la Convención deben interpretarse en el sentido de que obligan a los tribunales a dictar "sentencias individualizadas" o sea, a ejercer una cierta discrecionalidad -si bien una discrecionalidad acotada- para considerar las circunstancias atenuantes o agravantes que obran en cada caso concreto". En dicho caso la CorteIDH recogió buena parte de los planteos de la ComisiónIDH y recuperó lo dicho en casos precedentes (CorteIDH, caso Hilaire Constantine y Benjamín y otros c. Trinidad y Tobago', resuelto el 21 de junio de 2002)".

En el ámbito interno, la sala II de la CFCP ha tenido oportunidad de resolver un caso en el que se debatía la aplicabilidad de una pena de corta duración en relación, entre otras, al principio de razonabilidad, de mínima intervención y al derecho constitucional a la "resocialización". En el caso de mención (CFCP, sala II, "Benitez", causa 14949, resuelta el 11 de julio de 2012), la jueza Ángela Ledesma sostuvo que los fundamentos de la suspensión de la pena de prisión están referidos a la evitación de las penas breves de encierro. Así con citas de Jorge de la Rúa y Raúl Zaffaroni, dio cuenta del reconocimiento del carácter perjudicial de las penas cortas privativas de libertad y en la consiguiente necesidad de evitarlas.

En ese sentido, continuó Ledesma, que "[s]olamente si se atiende al modo en que realmente se compurga la

responsabilidad penal por el hecho y se deja de lado una interpretación desconectada de los demás institutos previstos por la legislación penal, se arriba a una relación armónica de los fines de este instituto con los principios de mínima intervención y resocialización (art. 5.6, CADH)", añadiendo, ahora con cita de Alberto Binder, que "dado que el uso de instrumentos violentos atenta contra la esencia misma del Estado de derecho surge el *principio de razonabilidad*, que no es otro que el mismo principio de mínima intervención sólo que aplicado a un caso concreto. No es que la pena debe ser razonable en el sentido de aplicación prudente, sino que razonable aquí significa demostración de que se trata del último recurso y que se han agotado todas las otras formas de intervención [...] aún cuando fuera el último recurso que le queda al Estado, debe demostrar que su aplicación es útil".

Es así que concluyó que únicamente de la forma allí propuesta se estaba "...en línea con los principios constitucionales (art. 5.6, CADH y 10.3, PIDCP), que han sido receptados por la ley 24.660." Asimismo valoró que, dado que el imputado debería enfrentar unos meses de privación de libertad, y que por otra parte, estaba bajo tratamiento psicoterapéutico ambulatorio y cursando estudios, "...la alternativa del encierro no cumpliría con el fin de resocialización que debe guiar la ejecución de las sanciones penales".

En el mismo caso el juez Slokar apuntó que habría de adherir a la solución propuesta por la jueza Ledesma "...con base en la finalidad esencial readaptadora de las penas que impone el sistema jerarquizado de fuentes de la legalidad constitucional e internacional (arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH,

## *Poder Judicial de La Nación*

en función del art. 75, inc. 22 CN)". Por ultimo, la jueza Figueroa, también adhirió a la solución propuesta por fundamentos basados, centralmente, en el deber de evitar las implicancias negativas de una breve prisionización, como así también en las disposiciones convencionales sobre la finalidad de la pena.

**VII.** En consecuencia, ¿cual es la respuesta que debe darse desde la agencia judicial: a) si los operadores judiciales se deben tomar en serio a la Constitución Nacional y no tratarla como una disposición superflua (tal como, lamentándose, Carlos Nino calificaba a la situación); b) si por sobre las reglas legales deben aplicarse las disposiciones convencionales y constitucionales, c) si la finalidad de la pena es esa "reforma o readaptación social" mencionada, d) si la aplicación estricta de la regla legal implicaría que Barrios deba reingresar a prisión por algo menos de dieciocho meses, y e) si esa prisionización breve importaría gravísimos efectos negativos para su inserción laboral, sus lazos familiares y su recuperación de la adicción a los estupefacientes que arrastra desde la infancia?. La respuesta desde la normativa aplicable es evidente.

La normativa aplicable es, ante todo, la Constitución Nacional y los pactos y convenciones con ese rango, y por ello, la solución del caso es disponer una sanción que no importe una nueva prisionización.

No advierto ninguna forma de compatibilizar las consecuencias punitivas de revocar la libertad condicional - y, con ello prisionizar a Barrios- con las disposiciones de la Constitución Nacional. En por ello que propongo:

I. **condenar** a Barrios a la pena de seis meses de prisión, y la pena única de tres años de prisión, comprensiva de la indicada y de la de tres años de prisión impuesta por el Juzgado de Responsabilidad Juvenil n° 2 del depto. judicial de Morón (arts. 41, 45, 58 y 164 CP).

II. **mantener la libertad condicional** ya dispuesta por el Juzgado de Responsabilidad Juvenil n° 2 del depto. judicial de Morón, a pesar de la comisión de un delito, por cuanto revocarla implicaría -en el caso concreto- una insuperable afectación del derecho a la "reforma y resocialización", constitucional y convencionalmente dispuesto (arts. 18 y 75.22 CN en función de los arts.5.6 CADH y 10.3 PIDCyP), y en consecuencia disponer que Barrios quien deberá, por el tiempo restante hasta el vencimiento de la pena -es decir, hasta el 19 de marzo de 2013, según cómputo realizado por el juzgado indicado-, **cumplir estrictamente con las reglas impuestas en la resolución que dispuso su libertad condicional**, debiendo el Juzgado de Ejecución Penal materializar un control periódico y adecuado al caso.

Así lo voto.

Por todos estos fundamentos, y de acuerdo con lo establecido en los arts. 398, 399, 400, 401, 403, 530, 531 y 533 del del ritual, el Tribunal dictó el veredicto de fs. 164 en el que se

**RESOLVIÓ:**

**RESUELVE:**

I) **CONDENAR** a **DAMIÁN JORGE BARRIOS** de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento a la **PENA DE SEIS MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO Y COSTAS** por resultar autor penalmente responsable del delito

## *Poder Judicial de La Nación*

de robo simple en grado de tentativa (art. 5, 29 inc. 3°, 42, 45 y 164 del C.P.) .-

**II) CONDENAR a DAMIÁN JORGE BARRIOS**, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, a la **PENA ÚNICA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO Y COSTAS**, comprensiva de la mencionada precedentemente y de la pena de tres años de prisión y costas, dictada por sentencia firme de fecha 26 de septiembre del año 2010, en la causa n°312 del registro del Juzgado de Responsabilidad Juvenil n°2, del Depto. Judicial de Morón, Pcia. de Buenos Aires (art. 58 del C.P.).-

**III) MANTENER LA LIBERTAD CONDICIONAL de DAMIÁN JORGE BARRIOS** dispuesta por el Juzgado de Responsabilidad Juvenil n° 2 del depto. judicial de Morón, y en consecuencia disponer que, Barrios deberá por el tiempo restante hasta el vencimiento de la pena -es decir, hasta el 19 de marzo de 2013, según cómputo realizado por el juzgado indicado-, **cumplir estrictamente con las reglas impuestas en la resolución que dispuso su libertad condicional**, debiendo el Juzgado de Ejecución Penal materializar un control periódico y adecuado al caso.-

Hágase saber, tómesese razón y firme que sea, comuníquese y oportunamente, archívese.-

USO OFICIAL

Ante mí:

Nota: Para dejar constancia que el Dr. Adrián Martín participó de la deliberación, como así también emitió su voto, pero no suscribe la presente por encontrarse haciendo uso de licencia médica. SECRETARÍA, a los 24 días del mes de octubre de 2012.-----

En la misma fecha, siendo las 13:30 horas, se dio integra lectura de la presente en la Sala de Audiencias de este Tribunal, quedando así las partes debidamente notificadas.  
CONSTE.