

SENTENCIA N° /2020. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los 14 días del mes de diciembre del año dos mil veinte, se reúne en Acuerdo el Tribunal de Juicio integrado por los Jueces Penales, Dres. Graciela Felau, Federico Sommer y Florencia Martini, presididos por la primera de los nombrados, para dictar sentencia de imposición de pena en autos caratulados "FLORES TORRICO, MIGUEL ANGEL S/ROBO CALIFICADO", Legajo 132055/2019, debatida en audiencia el día 30 de noviembre de 2020, en la que intervino por la Acusación, la Sra. Fiscal Soledad Rangone y la Dra. Cecilia Fanessi por la Asistencia técnica del acusado, Miguel Ángel Flores Torrico, titular de DNI N° 38.809.211, nacido el 27/03/1992 en San Patricio del Chañar, de nacionalidad argentina, hijo de Teor Flores y Catalina Torrico (fallecidos), con domicilio en calle Nogoya 3089 del Barrio Huiliches de la ciudad de Neuquén, quién llega a esta instancia declarado responsable del delito de robo doblemente calificado por el uso de arma y escalamiento, dos hechos, en calidad de autor, y en concurso real, cuyas calificantes concursan idealmente, esto es el escalamiento y el empleo de arma (conf. Arts. 166 inc. 2do.; 167 inc. 4to., 45 y 55 del Cód. Penal), estableciendo una culpabilidad atenuada en función de la deficiencia madurativa producto de la discapacidad auditiva severa. Los hechos fueron cometidos en perjuicio de las Sras. Dara Florencia Cabrera y María Inés Moreno. Concluida la audiencia pública los señores Jueces pasaron a deliberar en sesión secreta conforme las normas del art. 193 del código de procedimientos y, habiendo decidido el fallo y comunicado el veredicto oportunamente, se dispuso comunicar esta sentencia en el día de la fecha, a fin de posibilitar su redacción definitiva. Según el sorteo efectuado, los señores Jueces emitieron sus votos en el siguiente orden: Florencia Martini, Federico Sommer y Graciela Felau.

Las partes convinieron respecto del informe del Registro Nacional de Reincidencia del que emerge que al imputado le fue concedida una suspensión de juicio a prueba en expte. 6846/12 del Juzgado Correccional N° 1 el 15/02/13, siendo sobreseído por extinción de la acción penal el 07/08/14.

A continuación, comparecieron los siguientes testigos:

**Flavio D'Ángelo**, psicólogo forense desde el año 2006 (UNR). A partir del año 2014 responsable del área. Doctorado en el año 2015. El 28 de febrero del año en curso entrevistó a Miguel Ángel Flores Torrico. Advierte que el nombrado retiene información. Se constata falta de colaboración. Se trata de una persona inmadura e infantiloides (rasgos de personalidad). Dice no recordar, no saber el número de su DNI y fecha de nacimiento. El licenciado sostiene que el auténtico retraso mental es la oligofrenia, que no presenta el entrevistado. Afirma que actuaba con vacío de información, en una actitud activa-evasiva. Exagera un cuadro de retraso mental. Constata una inteligencia inferior al promedio por hipoacusia no atendida y un consecuente retraso madurativo que no alcanza a afectar la comprensión del hecho. Manifiesta el Lic.

Dángelo que en un examen neuropsicológico es fácil representar un déficit ante el estímulo en un test. Las maniobras simuladoras consisten en mostrarse peor, una sobresimulación previa. No hay control de estímulo-respuesta. Su desarrollo mental es bajo, dentro de los parámetros normales. Existe un fondo anómalo que no dificulta la facultad de comprender la criminalidad del acto y dirección de sus acciones. Preguntado por la fiscalía si requiere tratamiento penitenciario, contestó que sí. Que requiere educación formal, sin un abordaje especial; necesita desarrollar conductas de autocuidado y sostener una rutina. "No es cinismo decir que se beneficia". La familia y la escuela han fracasado como institución resocializadora. Preguntado por la defensa en cuántas oportunidades lo entrevistó, contestó que en una sola entrevista de una hora. Que no realizó test porque era evidente que no iba a colaborar. Los test realizados por la neuropsicóloga son distorsivos. Afirma que tiene un desarrollo cognitivo deficitario. Preguntado si sabe que el Dr. Blasco ratificó el informe presentado por la Lic. Echevarri dijo que sí.

A su turno declaró **Silvina Dálesson**, Licenciada en Trabajo Social y Psicología Social. Trabaja en el ámbito de la defensa en un equipo interdisciplinario en diagnósticos sociales. En su oportunidad, el Dr. Fernando Diez le requirió una evaluación a realizar conjuntamente con el Lic. Villagra fin de evaluar la conveniencia de cumplir la prisión preventiva en el domicilio. De la entrevista que mantuvo con Verónica -hermana de Miguel Ángel-, pudo acceder a su historia de vida. Es el menor de nueve hermanos, con una diferencia de edad con el octavo de seis años. Los padres lo tuvieron siendo mayores de cuarenta años. Nació con hipoacusia y fue descuidado en ese aspecto. A los doce años consumía marihuana y andaba en la calle sólo, sin supervisión. De la escuela común fue derivado desde el principio de su escolarización a la Escuela Especial N° 1 para débiles mentales donde curso hasta los catorce años. No se le dijo por qué no fue derivado a la Escuela Especial n° 3 para sordomudos, que le hubiese permitido aprender el lenguaje de señas. En razón de su condición fue discriminado y acosado escolarmente por sus compañeros, de quienes recibía agresiones y burlas. Pudo desarrollar un lenguaje propio en su familia de origen. Tiene gran dificultad para la escritura. Puede desarrollar tareas de albañilería con supervisión (a cargo de su hermano). Posee gran dificultad de comunicación y comprensión. Su madre falleció hace más de 10 años y su padre es un adulto mayor. Padece de serias dificultades para entender conceptos complejos. Su comunicación es mínima. Le falta códigos comunes del lenguaje compartido. El INCUCAI (debe referirse al JUCAID) certificó discapacidad comunicacional y relacional. Que requiere supervisión para desenvolvimiento cotidiano.

Seguidamente declaró **Alberto Flores Torrico**, hermano mayor de Miguel Ángel. Comenta que cuando empezó la escuela Miguel Ángel, la maestra de la escuela 136 de Confluencia, en donde también cursaba él, lo buscó en el grado (7mo) para decirle que su

hermanito no podía asistir a una escuela común. Allí fue derivado a la Escuela Especial N° 1. Su madre no hablaba en castellano, hasta los doce años quedó sólo con su mamá ya que su padre trabajaba fuera del hogar. Agrega que no pudieron culminar el trámite para su intervención médica en el hospital. La familia lo asiste en lo espiritual (él es pastor). Cada cinco minutos preguntaba cosas que se olvidaba, pero al comprar el aparato empezó a escuchar los pajaritos, las aves. Aunque sigue sin entender las cosas, necesita alguien que esté encima de él. Dice “sí” (cuando le preguntan si entiende) para que no nos molestemos con él” como un nene chico. Hay que darle las instrucciones y verlo. Los últimos tiempos fue aprendiendo más y ellos han aprendido a ser tolerantes. Necesita saber, pregunta como un nene. No cree que privarlo de la libertad ayude, “va a ser matarlo en vida”, agrega. Él no puede simular no entender. Ha podido aprender dónde vive. Preguntado por el momento en que se fue a vivir con su hermana Verónica, contestó a los 21 o 22 años.

Finalmente atestiguó **Oswaldo Sanjuan**, médico otorrinaringólogo. Trabaja en el Hospital Castro Rendón desde el año 2001 y es jefe de servicio desde el año 2006. Fue consultado por la hipoacusia de Miguel Ángel y la dificultad respiratoria por desviamiento del tabique nasal. Les solicitó estudios de audición a fin de seleccionar audífonos. Fue derivado al Hospital Heller para la intervención quirúrgica. En los registros informatizados consta que la primera consulta data de 5 de febrero de 2015. Miguel Ángel padece de afectación neurosensorial perceptiva del oído interno (derecho e izquierdo). La pérdida del oído derecho alcanza los 98,6 mientras que el izquierdo alcanza los 89,5. La combinación de ambas según la fórmula utilizada arroja una discapacidad del 90,63%. Se trata de una hipoacusia profunda, significativa, que se traduce en un 38,06% de discapacidad laboral (de un máximo de 41%). Esta circunstancia agrava “escuchar”. Con un 50% se oye y requiere 80/90 para oír. La última consulta fue en el mes de mayo de 2019. Comenta que el oído funciona antes de nacer. Tiene que ver con el desarrollo del lenguaje y de las abstracciones. Produce un déficit en la adquisición de nuevos conocimientos. La influencia depende de la edad de la pérdida. Utilizando audífonos puede escuchar en un ambiente silencioso hablando de frente.

Concluida la producción de la prueba se dio la palabra a las partes para formalizar los alegatos.

La Sra. Fiscal, Soledad Rangone dijo que en primer lugar valora cómo se realizó la acción. De noche, contra mujeres solas, utilizando el factor sorpresa. El imputado tocó la puerta y aprovechó que estaban solas. Cabrera estaba embarazada. A Moreno la deja encerrada para alejarse del lugar. En segundo lugar, tiene en cuenta como extensión del daño que se adelantó el parto. En tercer lugar señala las condiciones personales del imputado afirmando que “no le ha impedido desarrollarse de modo normal”. Se fue a vivir con su hermana siendo más grande.

Tenía relación con los amigos del barrio. Realizó algunos trabajos (a cargo de su hermano) y tiene un medio de sustento (la pensión que recibe por su discapacidad). Con ello concluye que se ha desarrollado con normalidad dentro de un contexto. Advierte que al colocar en venta el celular la policía intentó contactarse con él y la bloqueó. Entiende que es necesaria la pena, ya que tuvo contención a su manera, tuvo un techo donde vivir. Por otra parte nada nos dice que no lo vuelva a realizar. Manifiesta que Moreno lo vio normal, capaz y no se atrevió a resistirse. Refiere al testimonio de D'Angelo y afirma que "nadie niega la dificultad pero quiso hacer ver más". Afirma la necesidad de institucionalización en una unidad carcelaria. Expresa que la pena se fija en base al grado de culpabilidad, estimando que podría transitar con normalidad el encierro. "la cárcel sirve para él" no es cínico decirlo. Con el apoyo de la institución y la sociedad puede reinsertarse. En síntesis, entiende como agravantes la pluralidad de hechos (2), la naturaleza de la acción, los medios empleados y la nocturnidad y como atenuantes la edad y la hipoacusia. Por ello solicita la pena de cinco años y seis meses de prisión efectiva.

A su turno la Defensa invita a su asistido a contestar preguntas, a las que Miguel Ángel contesta que tiene 27 años, que nació el 27 de marzo de 1992 en San Patricio del Chañar, no recuerda el DNI, que son nueve hermanos y que trabaja para un hermano en limpieza (de obra). Reconoce la fecha actual como 30 de noviembre del año 2020. Manifiesta que se siente mejor que antes con audífonos, que su papá se murió y quiere seguir viviendo con Verónica.

Seguido lo cual la Sra. Defensora particular expresa que son cuatro las características a tener en consideración: la discapacidad auditiva, el retraso madurativo, los bajos parámetros intelectuales y la pobre estimulación recibida. Que la sentencia de responsabilidad reconoce una culpabilidad atenuada que implica una autodeterminación restringida que limita el reproche. Cita los párrafos 16 y 31 de "Herrera Ulloa". Considera que el mínimo de la escala penal de cinco años resulta desproporcionado, irracional, inhumano, no acorde a la situación de Miguel Ángel. Cita a Zaffaroni respecto del carácter orientativo de los mínimos. Entiende que la culpabilidad disminuida emerge de la condición físico-psíquica que se traduce en la cuantificación de la pena. Refiere por analogía, al régimen español que prevé atenuantes privilegiadas (art. 21). Eximentes incompletas que disminuyen el disvalor del reproche. El modelo del hombre medio, culturalmente adaptado que adopta la ley penal no se corresponde a la situación de Miguel. El Dr. Sanjuan estableció una pérdida auditiva del 90%. Que esa pérdida no atendida produjo un retraso madurativo. Cita a Luzón Peña sobre el vínculo de la culpabilidad a la libertad del agente. En cuanto a las condiciones personales, su hermano mayor nos dijo que Miguel estaba solo. Su padre se ausentaba en razón de la actividad como viajante. Su madre muere joven. Agrega que como defensora le exigió a la familia que equipara a Miguel con audífonos sin los cuales no hubiese podido transitar el proceso. No solo no escuchaba, no entendía. No simula, no

dramatiza. El Dr. Sanjuan nos dijo que Miguel se hallaba en el límite de la incapacidad laboral (38 de 41). Por otra parte, la Lic. Etcheverri explicó las insuficiencias que padecía, luego de mantener cinco entrevistas y aplicar más de quince test, mientras D'Angelo lo entrevistó en una única oportunidad. El Dr. Blasco coincidió con las conclusiones arribadas por la Lic. Etcheverry. Explicó que la familia reaccionó ante el problema penal, activando la contención de Miguel. En este contexto, la cárcel resulta regresiva en la adaptación social de Miguel. Que, a partir del uso de audífonos, Miguel Ángel se encuentra en un proceso de aprendizaje. Se trató de un delito contra la propiedad en el que nadie salió herido y Miguel no tiene antecedentes penales.

Subsidiariamente, para el caso de que no se haga lugar a la imposición de una pena inferior al mínimo de la escala penal (tres años solicita), requiere se declare la inconstitucionalidad del mínimo para el caso concreto, en virtud de lo prescripto por el art. 8 de la CADH, 18 y 75 inc. 22, en cuanto prohíben el castigo y el trato inhumano, cruel y degradante (art. 15 de la Convención de personas con discapacidad) como así el art. 14 inciso 2° de la Convención que prescribe la realización de "ajustes razonables", es decir, la adecuación necesaria. Solicita se fije una pena de tres años de prisión efectiva, en modalidad domiciliaria, entendiendo que el Tribunal está facultado a fijar la modalidad del cumplimiento.

Dada la palabra a la Fiscalía respecto del planteo de inconstitucionalidad, la misma refiere que los jueces no pueden legislar, que ello atenta contra la división de poderes. Que una declaración de ese tipo es excepcional y requiere gravedad institucional que no se constata en el caso. Afirma que, si lo estableció el legislador, "es normal". Si la incapacidad no gravitó en la conducta reprochada no puede dársele un trato diferente frente a la pena. Refiere al principio de legalidad, afirmando que todo el tiempo son sometidas a proceso y pena a personas jóvenes, sin instrucción ni cultura.

A su turno, la defensa toma la última palabra manifestando que el sistema republicano establece controles mutuos y contrapesos entre los poderes; que no hay afectación de la división de poderes, sino que la respuesta debe ser diferenciada según cada caso. La condición de vulnerabilidad resultante de la deficiencia cognitiva y madurativa afecta su comprensión.

Llegado el momento de resolver adelanto que la pretensión defensiva va a tener recepción favorable, por las razones que a continuación paso a describir.

En primer lugar, dejar asentado que no ha sido controvertido el hecho de que Miguel Ángel Flores Torrico ostenta la condición de persona con discapacidad, ya que dicha circunstancia conforme lo prescribe la Ley Nº 22431, se acredita a través del certificado que expide la autoridad de aplicación, respecto de cuya existencia se expidieron la Lic. Dalesson y el Dr. Sanjuan.



El acceso a la justicia de las personas con discapacidad ha sido analizado desde la perspectiva procesal, particularmente con la inclusión de las Cien Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (incorporada por la Acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). En tal sentido entiendo que el caso particular merece un **trato preferente apropiado** (Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales -CESCR-, Observación N° 5, sesión 11a, 9/12/1994, párr. 9) orientado a la igualdad real, en tanto se ha acreditado en el juicio de responsabilidad, a través del testimonio de los Licenciados Etcheverri, Espinoza y Villagra, y durante el juicio de cesura, a través del testimonio de la Lic. Dalesson y del Dr. Sanjuan, que Miguel Ángel padece una situación de vulnerabilidad causada por la discapacidad auditiva profunda no atendida oportunamente por el Estado, contra la manda constitucional prevista por el art. 75 inc. 23 (medidas de acción positiva para personas con discapacidad), como así las normas de protección previstas por la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada en nuestro país por la Ley N° 25280, publicada en el Boletín Oficial el 4 de agosto de 2000 y la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad aprobada por ley 26378 en 2008 (incorporada como instrumento de los previstos en el art. 75 inc. 22 mediante ley 27044/2014). En este contexto, considero que no puede analizarse la conducta atribuida a Miguel Ángel como si se tratase de un individuo estandarizado y abstracto, como una entidad por fuera de la sociedad que las normas penales pretenden regular, sino que, por el contrario, la respuesta estatal debe ceñirse a las necesidades de integración social – postergadas por el Estado- y realizar los ajustes razonables acordes a su situación deficitaria en su interacción con el entorno.

Según el CIF (clasificación Internacional del Funcionamiento de la discapacidad y de la salud, publicada por la OMS en 2001), el término “Discapacidad” indica los **aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud dada y los factores contextuales (ambientales y personales)**. Es el término genérico que engloba todos los componentes: deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Expresa los aspectos negativos de la interacción, mientras que “Deficiencia” refiere a problemas en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Pueden consistir en una pérdida, defecto, anomalía o **cualquier otra desviación significativa respecto a la norma estadísticamente establecida** (<http://www.sidar.org/recur/desdi/pau/cif.php>).

La mayoría de los autores en el campo de la discapacidad consideran que la terminología y la explicación que surgen de esta Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que fuera aprobada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, constituyen un importante avance porque se orientan hacia un enfoque universal, y cuando

refieren a “discapacidad” no enfocan en las deficiencias, sino que apuntan hacia las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación. Como se puede apreciar, no es lo mismo deficiencia que discapacidad; este último es un término complejo, no es la deficiencia, ni tampoco las barreras, sino su interacción. Esto queda expresado en el artículo primero de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que trae la siguiente definición: Las personas con discapacidad incluyen a **aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo** que, al interactuar con diversas barreras, **puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.** (Art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Incluso puede agregarse, como particularidad, que aquí no se define discapacidad, sino quiénes pueden ser consideradas personas con discapacidad. Se refuerza la idea de un concepto compuesto, una categoría amplia y compleja, que requiere de un elemento objetivo (la deficiencia) y de un contexto de actuación que, si consiste en barreras, producirá un impedimento para la participación en sociedad. Si bien tiene cierta amplitud, incluso ambigüedad, esta definición viene a consolidar una perspectiva social, en detrimento de miradas tradicionales desde la profesión médica. En aquellas perspectivas, la persona con discapacidad se asimilaba a un individuo enfermo, que requería de atención (Discapacidad y derechos: impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad / Juan Antonio Seda; 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2017, p 23).

En 1980 la OMS emitió un documento que se denominó “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías”. Ya para ese momento, la mirada exclusivamente médica empezó a ser cuestionada, abriendo el espacio para un discurso distinto sobre la discapacidad. En 1977 se había desarrollado la Asamblea Mundial de la Salud, que produjo la Declaración de Alma-Ata, donde se modificaron criterios sobre las políticas sanitarias. La enfermedad comenzó a analizarse como un **fenómeno social, que no podía ser cargado exclusivamente sobre el individuo.** También se plantearon cuestionamientos sobre la discriminación de minorías a partir de la estigmatización, así como la necesidad de provocar una conciencia mundial sobre la **equidad en el acceso a la salud.** En este mismo sentido, años después se realizó la Conferencia Rethinking Care, en 2001, y la Conferencia Internacional sobre Rehabilitación Basada en la Comunidad, en 2003. La OMS modificó también términos, en función de esta permanente actualización. Así, la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, generalmente mencionada por sus siglas iniciales (CIF), actualiza su definición de discapacidad, **poniendo el énfasis en las barreras sociales y ambientales.** También **denuncia los prejuicios,** entendidos como actitudes negativas (Seda,2017:26). En igual sentido, la Observación n° 5 (CESCR), párr. 15, denuncia la discriminación contra las personas con

discapacidad producida mediante **negligencia, ignorancia, prejuicios o falsas suposiciones** que impiden el ejercicio de sus derechos sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad.

Entiendo que en el caso que nos ocupa, el propio Dr. D'Angelo, examinó al imputado desde el prejuicio, sin admitir el impacto negativo que la discapacidad auditiva profunda -no tratada adecuadamente desde su nacimiento- provocó en su facultad de comprensión, vida de relación y comunicación con el entorno social. El Doctor afirmó, sin lugar a dudas, que Miguel Ángel no padece de un "auténtico retraso mental" (al que califica como oligofrenia) y por tanto es imputable (en términos de comprensión de la criminalidad del acto y dirección de sus acciones conforme a dicha comprensión). Afirmó que el entrevistado retuvo información, exhibiendo falta de colaboración a través de una conducta que calificó de negación activo-evasiva, concluyendo que exageró un cuadro de retraso mental. Por esa misma razón es que sostuvo no aplicarle "test" ya que para él "es fácil de representar un déficit ante el estímulo de un test". Expresó que Miguel Ángel realizó maniobras simuladoras (mostrarse peor), a través de una funcionalidad ocultada. Reafirmó que el "fondo anómalo" no dificulta la comprensión (del hecho penal). Incluso, ante la pregunta fiscal sobre la necesidad de un tratamiento penitenciario manifestó que no requería un abordaje especial sino conductas de autocuidado y una rutina, como así una educación formal en el ámbito penitenciario. El Doctor afirmó que "no es cinismo decir que se beneficia" con el tratamiento penitenciario, "ya que la familia y la escuela fracasaron como institución resocializadora", sin considerar siquiera que no fue escolarizado en una escuela especial conforme a su situación y desconocer las características particulares de su dinámica familiar que fueron detalladas por la Lic. Dalesson, como así que, el Dr. Blasco, al atestiguar en el juicio de responsabilidad, coincidió con las conclusiones arribadas por la Neuropsicóloga Etcheverri (retraso madurativo) reconociendo el carácter complementario de sus conclusiones en el ámbito de la imputabilidad.

Respecto de las características de la dinámica familiar, la Lic. Silvina Dalesson expresó en el juicio de cesura que Miguel Ángel era el menor de nueve hermanos, que nació seis años después del octavo hermano, cuando sus padres eran mayores de cuarenta años, que, en ese contexto y en consideración de su hipoacusia de nacimiento, "fue descuidado" por la familia. Que vivió con la madre hasta los doce años en que aquella muere, (tal lo afirmado por su hermano mayor, Alberto Flores Torrico, quien además nos expresó que su madre no hablaba castellano). Que a partir de ese momento anduvo solo en la calle, sin supervisión, comenzando a consumir marihuana. Nos dijo también que era discriminado en la Escuela Especial N° 1 (discapacidad mental) por sus compañeros, en razón de su discapacidad auditiva, siendo blanco de agresiones y burlas, lo que calificó como acoso escolar. Agregó que tenía dificultad para la



comunicación, comprensión y de inclusión al medio social, como también dificultades para entender conceptos complejos y falta de códigos comunes (lenguaje compartido). En virtud de tal situación la junta médica certificó su discapacidad comunicativa y relacional, como así también, que requiere supervisión para su desenvolvimiento cotidiano (Certificación de la Junta Central de Neuquén, evaluadora de discapacidad).

Respecto de su discapacidad auditiva, el Dr. Osvaldo Sanjuan (otorrinolaringólogo a cargo de la Jefatura del área en el Hospital Castro Rendón desde el año 2006) sostuvo que Miguel Ángel consultó (con el acompañamiento familiar) el 5 de febrero de 2015, y se pudo establecer que el mismo padecía una afección neuro sensorial y perceptiva del oído interno (derecho e izquierdo) con una pérdida general del 90,63% lo que implica una hipoacusia profunda/significativa que se traduce en una incapacidad laboral del 38,06% (sobre la máxima incapacidad del 41%). Nos explicó también que se le agrava "escuchar" (puede "oír" un 50% y escuchar un 10%). Al igual que la Lic. Dalesson y el Lic. Villagra, nos manifestó que su situación hipoacúsica profunda incidió en el desarrollo del lenguaje y la facultad de abstracción. La dificultad de adquirir el código hablado afecta la adquisición de nuevos conocimientos y que ello depende de la edad de la pérdida (en este caso, la pérdida data del nacimiento) siendo necesario utilizar audífonos y adiestrar el oído. En el caso de Miguel, el equipamiento auditivo sucedió a los 26 años, a requerimiento de su defensora, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa material, en las instancias del proceso penal.

En el mismo sentido, la Lic. María Amelia Espinoza (fonoaudióloga) que declarase en el juicio de responsabilidad, sostuvo que al atender a Miguel Ángel en julio de 2019 pudo constatar que el nivel auditivo y de comprensión del lenguaje era muy bajo, habiendo sido afectados los procesos mentales superiores como así los procesos cognitivos. La testigo evaluó una **edad mental disminuida** atribuida al tiempo que estuvo sin equipar y concluyó que se trató de un chico mal tratado que vivió en silencio y soledad durante mucho tiempo.

En lo que respecta al grado reducido de comprensión y madurez de Miguel Ángel el testimonio de la neuropsicóloga Lorena Etcheverry Domenio, recibido también en la etapa de responsabilidad, resultó concluyente para establecer una culpabilidad atenuada. La testigo sostuvo que Miguel padecía un desarrollo intelectual deficitario que afecta el aprendizaje, la memoria, el lenguaje y la función ejecutiva (planificación y organización), como así la cognición social (el darse cuenta qué le pasa al otro), careciendo de capacidad para registrar la gravedad de lo que hace. En lo atinente a su capacidad de culpabilidad resulta fundamental el **retraso madurativo** informado por la testigo que se corresponde a lo que sería un **sexto o séptimo grado**.

Asimismo, en la instancia de juicio de responsabilidad declaró el Lic. Silvio Oscar Villagra quien constató afectaciones neurológicas y déficit intelectual e incapacidad de desarrollar un pensamiento abstracto.

La perspectiva de la discapacidad desde la medicina ha reforzado, desde cierto punto de vista, la idea de enfermedad. Ciertamente, no todas las personas con discapacidad padecen una enfermedad; la discapacidad no es enfermedad en sí misma. Por eso, a esa asimilación se le da el título genérico de “modelo médico” o “rehabilitador”, el cual refiere a la discapacidad en términos de enfermedad y define que las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, sólo si se rehabilitan y logran ellas asimilarse al resto de la sociedad. Esto plantea una explicación de la discapacidad que parte de la anterior premisa, y así resta posibilidades de inclusión. Ante ese “modelo médico” se ha opuesto el denominado “**modelo social**”, que considera que la discapacidad es una restricción de índole social, pero que no debe ser adjudicada al individuo (Seda, 2017:27).

Ya en la década del setenta, se instala el modelo de la autonomía personal que se diferencia notoriamente del paradigma de la rehabilitación, porque no es la deficiencia y la falta de destreza el **eje de la discapacidad**, sino **la falta de adecuación**. La persona con discapacidad es, a partir de este modelo, un sujeto de derechos (Seda, 2017).

El código penal argentino regula la inimputabilidad (art. 34) desde el paradigma médico de corte peligrosista, por eso habla de “reclusión en un establecimiento adecuado” de carácter imperativo-compulsivo, “hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”, dejando de lado situaciones de discapacidad definidas bajo el modelo de autonomía personal (como sujeto de derechos). En consecuencia, la norma no recepta situaciones intermedias entre la absoluta inimputabilidad y la imputabilidad plena, con la excepción del exceso en las causas de justificación previsto por el art. 35, que prevé una punibilidad disminuida (aplicando la escala de la figura culposa). El mismo ordenamiento prevé situaciones de imputabilidad disminuida al regular la emoción violenta (art. 81 inc. 1°) y las circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 último párrafo respecto del inciso 1°), admitiendo gradientes de culpabilidad por el hecho que impactan en el quantum de punibilidad, en un todo coherente con el principio de culpabilidad fijado por la Constitución (art. 18 y 33). Asimismo, recepta la graduación de la culpabilidad/punibilidad al fijar escalas penales teniendo en consideración las pautas fijadas por los arts. 40 y 41 (como la **edad, la educación y condiciones personales**, que en este caso gravitan como **atenuantes calificados**).

En este punto, es necesario hacer una aclaración relevante: el principio de legalidad (alegado por la fiscalía), es una garantía del imputado (contra el poder coercitivo del Estado). En un Estado de Derecho rige la regla de la libertad (permisividad), por tanto, el Estado, a través de

los representantes del pueblo, legislan las conductas prohibidas estableciendo tipos penales más allá de los cuales rige el principio de reserva (art. 19 CN). Por tanto, una situación de imputabilidad atenuada no legislada expresamente por el Código Penal, no impide su operatividad, como garantía no enumerada (art. 33 CN) en favor del imputado, emergente de principios generales del derecho constitucional que materializan garantías penales y procesales como el principio de culpabilidad que impacta en el quantum de punibilidad. En este sentido es que rige el principio de analogía a favor del reo.

En el caso que nos ocupa, la inmadurez del agente producto de la inadecuada atención de su discapacidad auditiva, merece un régimen especial que se ajuste a su menor culpabilidad de modo análogo al previsto por el régimen penal juvenil (que habilita desde la reducción de la punibilidad conforme a la escala de la tentativa hasta la no imposición de pena). Es por ello que, en el caso, no procede la declaración de inconstitucionalidad del art. 166 párr. 2° en cuanto el mínimo resulta inadecuado a la situación particular de Miguel Ángel sino aplicar una escala reducida –análoga a la del régimen penal juvenil- proporcionada al grado de culpabilidad correspondiente a la imputabilidad disminuida, acogiendo el modelo de autonomía personal que lo reconoce como sujeto de derechos en situación de discapacidad, imponiendo a los jueces acciones afirmativas al momento de fijar la pena (y ante el “estado de cosas inconstitucional” derivado de la ausencia de legislación penal diferencial apropiada al colectivo de personas con discapacidad.).

En atención al principio de operatividad de las normas convencionales, los jueces **debemos** aplicar la pena adecuada a la menor culpabilidad de personas con discapacidad, sin necesidad de enmarcarla en una norma penal positiva. Los jueces **debemos** realizar los “ajustes razonables” de la escala penal que impone el art. 2 de la CDPD, integrada al grupo de instrumentos internacionales a los que refiere el inciso 22 del art. 75 CN a través de la ley 27044/14.

**Por imperio constitucional y convencional debemos juzgar con perspectiva de discapacidad**, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad (CESCR, Observación N° 5, párr. 9) en cumplimiento del deber de diligencia reforzado prescripto por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 23).

La convención en su artículo 2 define “ajustes razonables” como “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, **para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales**”.

Los ajustes razonables que el Estado no efectuó oportunamente para propender la inclusión social de Miguel Ángel y su desarrollo integral, deben efectuarse al momento de fijar la pena. No se trata de declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la escala prevista para el delito por el que fuese declarado responsable, ya que dichas declaraciones excepcionales responden a la desproporción de la culpabilidad por el hecho en casos concretos, pero respecto de personas con capacidad plena. Las escalas penales de los diversos tipos, están previstos para la actuación de un sujeto activo promedio. El código penal presupone sujetos capaces de comprender y motivarse en la norma, sujetos con un desarrollo psico-físico-social medio, con posibilidades de interactuar en el entorno social. Mientras que, en este caso, en atención a la discapacidad certificada del imputado, a falta de un régimen penal adecuado al colectivo, resulta razonable y proporcional fijar la escala de la tentativa, garantizando la **igualdad real** de Miguel Ángel.

La Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad imponen a los Estados parte el deber de implementar providencias de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (artículo 4 inciso 1 de la CDPD y artículo 3 inciso 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Corte IDH, Caso "Furlan y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246, Párr. 135).

Se advierte en el caso la omisión de previsión normativa de un régimen penal para los discapacitados, que no se limite a la declaración de inimputabilidad (asociada al paradigma médico de la enfermedad mental) sino que comprenda situaciones de imputabilidad disminuida en razón del grado de comprensión del agente en análoga condición a personas en condición de desarrollo (adolescentes). Dicha omisión legislativa persiste pese a la manda constitucional prevista por el art. 75 inc. 23 que, desde el año 1994 (cuando Miguel Ángel tenía dos años de edad), impone legislar y promover medidas de acción positiva respecto de personas con discapacidad.

El desarrollo de la comprensión que requiere el sujeto activo de un delito (asociado al desarrollo madurativo/cognitivo) se encuentra condicionado por la acción afirmativa del Estado en el acompañamiento de la persona con discapacidad vinculado a la adecuación del entorno a sus necesidades diferenciales para el acceso a la educación (art. 24 CDPD), salud (art. 25 CDPD, art. 42 CN) y, en general, al desarrollo humano integral, que implica la satisfacción integral y simultánea de sus derechos.

En este caso, el Estado provincial no garantizó el derecho a la salud mediante la facilitación de audífonos adecuados a la hipoacusia que Miguel Ángel padece desde su nacimiento (Protocolo de San Salvador, CADH, art. 18 inciso a, de 1988, aprobado por ley 24658/1996 ratificado por el gobierno argentino el 23/10/03) ni tampoco le garantizó la educación especial conforme a su discapacidad acústica (ley nacional 22431 y 26206, ley provincial 2945, art. 74/75). Adviértase que Miguel fue derivado inexplicablemente -al iniciar la educación formal en una escuela "normal"- a la Escuela Especial N° 1, para personas con discapacidad mental, cuando debió ser derivado a la Escuela Especial N° 3 acorde a su situación hipoacúsica (de conformidad a lo prescripto por la Ley 26206), deviniendo de dicha omisión estatal la actual situación deficitaria descrita por la fonoaudióloga Espinoza, la neuropsicóloga Etcheverri, el Dr. Blasco, el Dr. Sanjuan, el Lic. Villagra y la Lic. Dalesson que impacta fundamentalmente en la vida de relación, comunicación, comprensión y posibilidad de desarrollar códigos lingüísticos y un pensamiento abstracto, que le permita proyectar la responsabilidad por sus actos como una persona plenamente capaz.

El Estado no se encuentra legitimado para ejercer la coerción penal sobre un ciudadano cuyos derechos humanos no garantizó, discriminándolo al no promover **medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos respecto de las personas con discapacidad** como así las correspondientes a Miguel Ángel desde su nacimiento y hasta su mayoría de edad en condición **de niño y adolescente con discapacidad auditiva profunda** (art. 75, inc. 23, primer párrafo CN y art. 2 y 23 CDN; art. 1 y 2 CADH).

Paradójicamente, la finalidad de la pena conforme al régimen de ejecución penal previsto por la ley 24660 es la comprensión de la ley y la reinserción social. El Estado no puede pretender *reintegrar* al medio social al imputado cuando no garantizó desde su nacimiento su plena integración en la sociedad conforme lo previsto por los artículos 4 inciso 1 de la CDPD y artículo 3 inciso 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Dicho de modo más claro, *no se puede reintegrar a quien nunca fue integrado*. Tampoco puede pretender la comprensión de la ley, cuando la comprensión del sujeto es deficitaria.

Como lo sostiene Roberto Gargarella ("Filosofía del Derecho Penal y el Castigo", 2ª edición, clase 7, Campus virtual Asociación Pensamiento Penal, año 2020), en situaciones de desigualdad social radical el Estado no tiene autoridad para imponer la coerción penal porque no ha cumplido con su obligación contractual de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos en situación de igualdad real con sus pares.



En el caso, el Estado ha incumplido las normas constitucionales y convencionales de protección de personas con discapacidad. No ha tenido en cuenta que el imputado siquiera ha adquirido la capacidad para contratar (como sujeto pleno de derechos), por lo que no es un sujeto obligado por las normas del contrato social (por la desidia de los órganos estatales). En términos contractualistas, no se encuentra en deuda con la sociedad.

Se ha violado el principio de diferencia (que compensa a los desventajados sociales) al que refiere John Rawls en su "Teoría de Justicia" (México: Fondo de Cultura Económica, 2004) como principio correctivo del Principio de iguales libertades. El principio de Diferencia, recepta el punto de partida desigual proponiendo la **equidad como meta**, en el marco de una sociedad democrática "bien ordenada". Tal principio reconoce un derecho de compensación (acción afirmativa/discriminación positiva) para que todos los ciudadanos gocen de igual estatuto ("**igualdad real**"), como sujetos de derechos.

Jeffrie Murphy se pregunta: ¿qué es lo que le da a la sociedad el **derecho a imponer el castigo**?, ¿qué circunstancias sociales deben configurarse para que el castigo deba ser impuesto? ¿qué nos dice el derecho a castigar a alguien, acerca del **estatus de esa persona castigada**?, es decir cómo debemos analizar sus derechos y el sentido en el cual merece ser castigado. (...) El castigo si ha de estar justificado debe respetar los derechos de la persona castigada. Kant, Hegel, Bosanquet y Green, adoptaban un modelo de hombre creador libre y espontáneo, un **ser autónomo**. A partir de este enfoque, el problema consistía en encontrar el modo de conciliar el castigo como coerción estatal con el valor de la autonomía individual. Lo que requiere para **conciliar mi sufrimiento no deseado, proveniente de la imposición del castigo por parte del Estado, con mi autonomía** (y por ende, con el **derecho del Estado a castigarme**) es una teoría política que explique, que la decisión del Estado de castigarme, es una decisión mía. (...) Las teorías de la **Voluntad General** y del **Contrato Social** pretenden lograr la **reconciliación entre la autonomía y la autoridad estatal legítima** (que incluye el derecho o la autoridad del Estado para castigar). El contrato, como idea originada en la razón, obliga a cada legislador a dictar leyes tales, que podrían haber sido originadas por la voluntad general, y a considerar a cada sujeto, en la medida en que sea un ciudadano, como si hubiese consentido a tal expresión de la voluntad general (...) **Al esgrimir el concepto de Justicia solo consideramos las características de la relación de las voluntades en la medida en que son reputadas como libres**. Kant ofrece una teoría del castigo que se encuentra basada en su idea de que la obligación política debe ser analizada en términos de **reciprocidad** (...) Por lo tanto, coerción y autonomía se reconcilian (...) Las teorías de filosofía moral, social, política y jurídica presuponen ciertas proposiciones empíricas acerca del individuo y la sociedad. Si estas proposiciones son falsas, la teoría -a pesar de que puede ser formalmente correcta- es materialmente defectuosa e

inaplicable. En estas circunstancias, ¿querríamos seguir catalogando al sufrimiento que genera el castigo como una deuda que debe serle pagada a la sociedad? (Jeffrie G. Murphy, *Marxismo y Retribución*, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 17, julio de 2016, negritas de la autora).

Si creemos que las instituciones del castigo son necesarias y deseables, y si tenemos la suficiente sensibilidad moral como para querer asegurarnos el derecho moral de castigar, cuando imponemos un castigo, entonces debemos asegurarnos de haber reestructurado la sociedad de una forma tal que, dentro de ella el castigo resulte moralmente permisible. Esto, es decir: **debemos asegurar que los criminales sean personas autónomas, que realmente se beneficien de las reglas sociales** (Murphy, 2016).

Habiéndose acreditado la situación de discapacidad de Miguel Ángel Flores Torrico con los alcances descriptos, entiendo que el mismo no se encuentra en una situación de simetría recíproca (igualdad real), que legitime al Estado a imponer una pena de prisión efectiva, en tanto no alcanza la capacidad plena como sujeto libre y autónomo contratante, que deba pagar una deuda con la sociedad. Ello por no haber garantizado el Estado el derecho a su desarrollo humano integral.

Por otra parte, **Miguel Ángel no se encuentra en condiciones neurosensoriales y perceptivas de interactuar en un espacio carcelario** que no cuenta con una infraestructura adecuada a sus **necesidades preferentes apropiadas** en razón de su condición de **discapacidad**, ni posee la madurez suficiente para interactuar con personas adultas, requiriendo de acompañamiento (tal como emerge del certificado de discapacidad expedido por la Junta Central de Neuquén) como así **requiere de medidas socioeducativas que favorezcan su integración plena al medio social**.

En tal sentido habré de apartarme de lo peticionado por la Sra. Defensora (pena efectiva) en favor del imputado, por las razones antedichas y en ejercicio de los ajustes razonables (art. 2 CDPD) adecuados a la situación de Miguel Ángel Flores Torrico (4.1 CDPD, 3.1 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. 1 y 2 CADH; art. 75 inc. 22 y 23 CN).

Sentada la escala penal reducida del delito por el que fuese declarado responsable (por aplicación de la escala de la tentativa), la pena oscila entre un mínimo de un año y ocho meses y un máximo de quince años. A continuación, habré de analizar los agravantes y atenuantes alegados por las partes.

La calidad de las víctimas en tanto “mujeres solas” alegada por la fiscalía no va a ser receptada como agravante en tanto la fiscalía no acreditó que el imputado conociera de antemano esa calidad. Tampoco se advierte que haya operado el “factor sorpresa” ya que el

imputado tocó a las respectivas puertas y fue atendido voluntariamente por las víctimas (quienes tenían la posibilidad razonable de no abrir sin antes preguntar quién llamaba a la puerta, manifestando la negligencia de las propias víctimas).

No acreditó la fiscalía de qué modo la nocturnidad puede operar en el caso como agravante, ya que se encontraban dentro de sus moradas, por lo que, en todo caso, la nocturnidad imponía una mayor precaución a las propias víctimas que, como dije, abrieron voluntariamente las respectivas puertas. El hecho de que Cabrera estuviese embarazada tampoco pudo ser conocido de antemano por el imputado y el presunto adelantamiento del parto como extensión del daño causado no fue debidamente acreditado, ni pudo ser previsto por el imputado al desconocer, como sostuve, dicha circunstancia.

El medio empleado (cuchillo) no puede ser valorado como agravante porque forma parte del tipo penal, al igual que el escalamiento.

Recepto como agravantes la pluralidad de hechos (que da lugar a la escala penal prevista por el art. 55) y el hecho de que el imputado dejase encerrada a la Sra. Moreno para garantizar su huida.

Respecto de los atenuantes, se tienen por acreditados la ausencia de antecedentes penales, la falta de educación (el imputado no completo siquiera los estudios primarios y el Estado no le garantizó la educación especial adecuada a su discapacidad), la edad madurativa (correspondiente a un chico de sexto o séptimo grado, como atestiguó Etcheverri), la ausencia de una red de contención familiar y comunitaria, y la hipoacusia profunda no tratada oportunamente, todo lo cual conformó una situación de alta vulnerabilidad.

En este contexto entiendo ajustado al grado de culpabilidad por el hecho y condiciones personales del imputado, la pena de tres años de prisión en suspenso. Mi voto.

El **Dr. Federico Sommer** dijo: Que sin perjuicio de adherir a la solución del caso que propicia mi colega de Tribunal, quiero referenciar que disiento con la teoría reseñada en el voto que antecede aunque arribo a la misma resolución conforme los siguientes fundamentos.

En igual sentido a lo postulado por la Dra. Martini, también concluyo en que la aplicación del tope mínimo de la escala penal del delito de robo calificado que fuera requerido por la representante del Ministerio Público Fiscal se torna irrazonable cuando su aplicación en el caso concreto constituye una grave desconexión entre el monto de la pena con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución por el delito. En tal caso y a diferencia de mi colega, adhiero a que solamente mediante la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo penal podemos como Tribunal de Juicio apartarnos de lo prescripto por la ley luego de determinar que el tope mínimo excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas

inhumanas, crueles e infamantes. En este punto quiero rechazar la pretensión de la Fiscal del caso en cuanto dictaminó que resultaba imposible la posibilidad de la perforación de los topes mínimos penales por no resultar plausible dentro del Derecho argentino. En expresa oposición a ello, comparto la doctrina que establece que nuestra estructura normativa se define como un Estado constitucional de Derecho, en donde las leyes dictadas por el Congreso de la Nación son siempre susceptibles de control judicial cuando vulneran las normas y principios constitucionales y que, por tanto, ninguna ley, incluida las penales, puede pretender una inmunidad al control de constitucionalidad.

En este sentido, al analizarse la discusión sobre la perforación de los mínimos penales no puede soslayarse que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional establecieron la prohibición de la aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes. En materia penal se receptaron constitucionalmente los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena, por lo que al compartir la postura "indicativista" referenciada por mi colega, adhiero a la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del tope mínimo penal para imponer una pena inferior a la legalmente dispuesta.

Así las cosas, puede recordarse la doctrina sentada por la **Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos Pupelis (CSJN, *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491, Fallos: 314:424, sentencia del 14-5-1991*)**. Por este pronunciamiento, la Corte reafirmó su doctrina relativa a que resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de actos, desincriminar otros e imponer penas y, en consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente. En dicha inteligencia, se sostuvo que *"Sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada"*. Consecuentemente, sostuvo la Corte que los tribunales deberán limitarse a realizar el juicio relativo a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, a fin de determinar si existen contradicciones entre éstas y las normas del plexo normativo constitucional, sin vulnerar las cuestiones privativas del legislador relativas al examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado en las leyes.

En concordancia con lo sostenido, concluyo que resulta atinente al caso la cuestión constitucional introducido por la defensora del imputado, y que se encuentra acreditado el déficit de razonabilidad de la norma al caso de Flores Torrico. De ello se colige que son incompatibles con la Constitución las penas que expresan una injusticia manifiesta de la decisión del legislador relativa a una falta de correspondencia inconciliable entre la culpabilidad por el delito y la pena impuesta al delincuente en retribución, y que realizado este juicio de

razonabilidad se deriva la tacha de inconstitucionalidad por una repugnancia de la norma con la cláusula constitucional de modo manifiesto, claro e indudable. En este sentido, es patente que en virtud del principio de culpabilidad la determinación judicial de la pena no puede desligarse de la culpabilidad del agente, y por tanto procede la aplicación de una pena por debajo del mínimo so pena de aplicar en este excepcional caso una pena de prisión gravemente desproporcionada con el mínimo de la pena legalmente dispuesto.

En este sentido, a la hora de aplicar una pena, en tanto esta es el medio para restablecer la igualdad ante la desigualdad generada por el delito, y luego de realizar como Tribunal de determinación de la pena un juicio de razonabilidad sobre la relación de proporción entre la pena y el bien jurídico tutelado, y analizar la proporción entre la pena y la culpabilidad en tanto reproche al delincuente por su conducta ilícita, se advierte que la aplicación de la ley conlleva a la imposición de una pena gravemente irrazonable, en razón de la violación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución, por lo que se impone como acto de última ratio su declaración de inconstitucionalidad al efecto de perforar el mínimo penal. Mi voto.

La **Dra. Graciela Felau** dijo: Adhiero en su totalidad al voto de la Dra. Florencia María Martini, por estar de acuerdo con sus fundamentos y por ser el fiel reflejo de lo deliberado previamente.

Sin perjuicio de ello, fundamentare además mi postura, con base en lo que la suscripta resolviera en su carácter de Juez de Instrucción dentro del marco del expediente caratulado: "Sepúlveda Sixto s/Abuso Sexual con Acceso Carnal" (Expte 1729/2007) del Registro del Juzgado de Instrucción Criminal y Correccional de la Vta. Circunscripción Judicial de Chos Malal, en el cual pondere la capacidad disminuida de la víctima, a pesar de que su edad cronológica era de 24 años; imputándole a Sixto Sepúlveda el delito de violación en función de la edad madurativa de la víctima, que era menor a 13 años. Nada obsta entonces, que dentro del marco del presente legajo dicho criterio sea de aplicación al imputado Miguel Ángel Flores Torrico el mismo criterio que he adoptado en relación a la víctima en el expediente de Instrucción mencionado. Mi voto.

En atención a la comunicación del veredicto respecto de la sentencia que hoy se comunica y a fin de fijar las condiciones de la condena condicional (art. 26 CP), el día jueves 3 de diciembre del corriente año se celebró audiencia en la que las partes acordaron las siguientes reglas de conducta de conformidad a lo dispuesto por el art. 27 bis del CP:

Acreditar escolaridad durante el período lectivo 2021, obtener un trabajo en la medida de sus posibilidades, no consumir estupefacientes, no abusar de bebidas alcohólicas, quedar al cuidado de su tutora Verónica Flores Torrico DNI. 18860252, ofrecer en concepto de reparación en favor de las víctimas la suma total de 25000 a pagar en el plazo de un año, con prohibición de todo tipo de contacto con las víctimas, realizar presentaciones cuatrimestrales ante la



Dirección de Atención de Población Judicializada, fijar domicilio en calle Nogoya 3089 del Barrio Huiliches de la Ciudad de Neuquén debiendo informar cualquier variación de dicho domicilio. Todo ello por el plazo de cuatro años.

Todas estas reglas por unanimidad fueron consideradas justas y equitativas, homologándolas en consecuencia.

Por todo lo expuesto, este Tribunal por mayoría en los fundamentos y unanimidad en la decisión;

**RESUELVE:**

I.- CONDENAR a MIGUEL ÁNGEL FLORES TORRICO, DNI Nº 38809211, de demás circunstancias personales ya indicadas, a la pena de TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL, con costas (arts. 179, 268 y cc del CPPN), por el delito de robo doblemente calificado por el uso de arma y escalamiento, dos hechos, en calidad de autor, y en concurso real, cuyas calificantes concursan idealmente, esto es el escalamiento y el empleo de arma (conf. Arts. 166 inc. 2do.; 167 inc. 4to., 45 y 55 del Cód. Penal) en perjuicio de Dara Florencia Cabrera y María Inés Moreno, estableciendo una culpabilidad atenuada en función de la deficiencia madurativa producto de la discapacidad auditiva severa (art. 75 inc. 22 y 23 CN, arts. 2 y 4 inciso 1 de la CDPD y art. 3 inc. 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad).

II.- IMPONER a MIGUEL ÁNGEL FLORES TORRICO las siguientes REGLAS DE CONDUCTA (conforme artículo 27 bis del Código Penal) por el término de CUATRO (4) AÑOS: a) Designar como tutora a su hermana Verónica Flores Torrico, DNI Nº 18860252, b) Acreditar escolaridad durante el período lectivo 2021 previa coordinación con la Subsecretaría de Discapacidad, c) Obtener trabajo en la medida de sus posibilidades, d) Ofrecer en concepto de reparación en favor de las víctimas la suma total de 25000 a pagar en el transcurso de un año, e) Prohibición de mantener cualquier tipo de contacto, ya sea personal o por cualquier otro medio o redes sociales con las víctimas, f) Fijar residencia en calle Nogoya 3089, Barrio Huiliches de la Ciudad de Neuquén y someterse al control de la Dirección de Atención a la Población Judicializada de forma cuatrimestral, debiendo estar a derecho cada vez que sea requerido e informar cualquier variación de dicho domicilio. g) Abstenerse de usar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas.

III.- AUTORIZAR al Ministerio Público Fiscal a la entrega y/o decomiso de los efectos secuestrados en este proceso, art. 196 del C.P.P.N.

IV.- NOTIFIQUESE a los correos electrónicos de las partes y al imputado. Firme que sea, practíquense las comunicaciones de estilo y oficiese al Registro Nacional de Reincidencia y a la Policía Provincial para su toma de razón.

V.- REGISTRESE, PROTOCOLÍCESE junto con la sentencia de responsabilidad de la cual es parte.

Firmado digitalmente por:  
SOMMER Federico Augusto

Firmado digitalmente por:  
MARTINI Florencia Maria



**Dra. Mónica Graciela Palau**  
Jefe :