



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

///nos Aires, 17 de octubre de 2019

Y VISTOS:

El Sr. Presidente de este Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 22, Dr. Sergio A. Paduczak, ante la Dra. Carolina Inés Pagliano, Secretaria de Cámara, para dictar sentencia en la presente causa N° **5952 (78326/18)** por el delito de robo simple, seguida a _____, argentino, titular del DNI n° _____, nacido el día 1 de febrero de 1978 en esta ciudad, hijo de _____, identificado con legajo R.H. N° _____ de la Policía Federal Argentina, y legajo N° _____ del Registro Nacional de Reincidencia, con domicilio real en en la calle _____ de esta ciudad y constituido en la sede de la Defensoría Pública Oficial n° 10 ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional, sita en Avda. Roque Sáenz Peña 1190, 4° piso de esta ciudad.

Intervienen en el proceso el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Marcelo Martínez Burgos y la Sra. Defensora Oficial, Dra. Marina Soberano.

RESULTA:

En este proceso seguido al nombrado, el Sr. Fiscal ha solicitado la aplicación del juicio abreviado (Art. 431 bis del CPPN).

Según consta en la aludida requisitoria, se han reunido el representante del Ministerio Público Fiscal, con la Defensora Pública Oficial, Dra. Marina Soberano, y el imputado _____, habiendo expresado éste su conformidad sobre la existencia del ilícito y participación que se le adjudica en el requerimiento de elevación a juicio.

En consecuencia, el Sr. Fiscal ha peticionado al Tribunal que se imponga al imputado, por ser autor penalmente responsable del delito de robo, la pena de siete meses de prisión de efectivo cumplimiento y costas, declarándose reincidente (artículos 29 inc 3°, 45, 50 y 164 del Código Penal de la Nación).

En virtud de ello, acorde con lo prescripto por el Art. 431 bis inc. 2° del CPPN, he tomado conocimiento “de visu” del imputado, oportunidad en la que ratificara el contenido de la presentación.

Para determinar entonces la viabilidad del acuerdo al que han arribado las partes, ha sido necesario verificar primero si la descripción del hecho obrante en el requerimiento de elevación a juicio resulta correcta al confrontarla con las pruebas recogidas durante la etapa instructoria y si éstas han resultado suficientes como para tener por acreditadas su materialidad y la participación del acusado en él. En segundo término, se consideró si la calificación legal postulada por las partes resultaba correcta, atento a la facultad del Tribunal de juicio de rechazar el acuerdo para un mejor conocimiento del hecho que pudiera modificar dicha cuestión. Finalmente, se analiza si la pena acordada por las partes conformaba una respuesta adecuada para el caso, teniendo en cuenta, claro está, los límites que al respecto impone el inciso 5to del artículo 431 bis del CPPN.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: materialidad y participación

Se le imputa a _____, el hecho ocurrido el día 21 de noviembre de 2018, aproximadamente a las 23 horas, en la heladería Grido, sita en la Av. Juan Bautista Alberdi 5323 de esta ciudad. En esa oportunidad, tras simular interés en adquirir productos del comercio, _____ le exigió al empleado que lo atendía, José Paniagua, que abriera la caja registradora simulando tener entre sus ropas un arma de fuego. Ante esta situación, Paniagua accedió a lo peticionado, momento en el cual el incuso se abalanzó sobre el mostrador y se apoderó ilegítimamente de la suma de trescientos (\$300) que estaban en dicha caja, tras lo cual se dio a la fuga.

Esta situación fue presenciada por otro empleado de “Grido”, _____, quien advirtió que luego de su huida el imputado dejó en el lugar un pantalón dentro del cual fue hallado su DNI ejemplar C, N° _____ y un certificado de discapacidad emitido por el



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

Ministerio de Salud de la Ciudad a nombre de Ignacio (D.N.I.)

Estas circunstancias, surgen sin hesitación luego de valorar conforme la regla de la sana crítica las siguientes pruebas rendidas durante la etapa instructora: declaraciones testimoniales de José Paniagua (fs. 1); Inspector Julio Fernández (fs. 1); Diego Gustavo de la Cruz Mosto (fs. 3).

Se cuenta también con el acta de secuestro de fs. 2, copias de la documentación de fs. 4 y 9/10, imágenes 36, un DVD con las filmaciones captadas por las cámaras ubicadas en el interior del local, un DNI perteneciente a y un certificado de discapacidad perteneciente e Ignacio que obran reservado en Secretaria conforme fs. 57.

Tales pruebas y el reconocimiento del imputado, efectuado de conformidad a lo dispuesto por el artículo 431 bis, apartado segundo, del Código Procesal Penal de la Nación, acreditan fehacientemente tanto la materialidad del hecho cuanto la responsabilidad que le cupo al procesado, sin que se aprecie evidencias que indiquen la necesidad de tener un mejor conocimiento del suceso.

Rigen la prueba los artículos 239, 241, 249, 253 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

SEGUNDO: calificación legal

Toda vez que se apoderó de bienes ajenos a su propiedad, particularmente, de dinero (\$300), utilizando, a fin de lograr su cometido, intimidación en el damnificado mediante amenazas de que tenía un arma de fuego, se desprende que la conducta desplegada por el imputado es constitutiva del delito de robo (art. 164 del Código Penal de la Nación), que se encuentra consumado ya que el nombrado dispuso libremente del dinero sustraído.

Por otro lado es claro que el imputado conto con el dominio del hecho por lo que deberá responder en calidad de autor. (art. 45 del código penal).

TERCERO: graduación de la pena

Para graduar la sanción a imponer tenemos en cuenta la modalidad, características y circunstancias relativas al hecho que se tiene por probado.

Como atenuantes se valoran la buena impresión recogida del imputado en la audiencia de conocimiento prevista en el artículo 431 bis inc. 3° del Código Procesal Penal de la Nación, como así también se tiene en cuenta el origen social, grado de educación alcanzado por y nivel socioeconómico del nombrado. Tengo muy en cuenta el detallado informe socio ambiental acompañado por la defensa pública. La confesión efectuada mediante la firma del acta de juicio abreviado y la devolución de los \$300. Todo ello configura un cuadro beneficioso para el imputado.

Vale aquí las palabras de Jescheck *“la pena solo se justifica si se manifiesta simultáneamente como medio necesario para cumplir la protectora misión preventiva del Derecho Penal (BGH 24, 40, 42). De ello se desprende que para la individualización penal en el caso concreto el juez debe preocuparse de que, en tanto sea preciso, la sanción sirva para la reinserción del reo en sociedad, y de otra parte, y dentro de lo posible no lo arranque de unas condiciones sociales seguras”* (Tratado de Derecho Penal, Parte General Editorial Comares, Granada, 1993 p. 796).

Asimismo, entiendo oportuno recordar: *“.... El Principio de Mínima Suficiencia de la represión penal, conforme al cual, teniendo en cuenta que la pena resulta un mal para quien la recibe, ha de causársele el menor posible, que baste para cumplir con los fines perseguidos por la sanción. La desmesura, la punición exagerada, lejos de lograr sus objetivos, se vuelve contra ellos, ya que, al ser recibida como injusta por el destinatario, en lugar de disuadirlo o amedrentarlo, lo carga de resentimiento y rebeldía, preludios inexorables de la reincidencia”* (Barbará; Fernando L: “La sentencia penal y la cuantificación del reproche. Revista La Ley 22/6/06, pag. 1 y ss.).



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

Todo lo reseñado me inclina a pensar que la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal resulta excesiva y en consecuencia impondré la pena de 4 meses de prisión.

Tomando estas ideas es que debemos evaluar si el pedido de la defensa resulta procedente en este caso en concreto.

Así destaca que su ahijado procesal tiene 41 años de edad, se domicilia en calle , departamento , en el barrio de Mataderos, CABA y convive junto a su familia, compuesta por su padre, madre, bisabuela y su hermana. Que trabaja con una camioneta haciendo fletes, es el principal sostén familiar, siendo que su madre es jubilada, ama de casa y necesita de su ayuda para cuidar de su padre quien encuentra con problemas de salud hace 4 años, a raíz de las secuelas que le dejó un ACV.

A su vez, su asistido, tiene 3 hijos menores de edad, (17 años, 14 años y 9 años) quienes cuentan con su presencia y también con el dinero que éste, en la medida de sus posibilidades, les aporta. Por lo demás, según lo informado, su familia considera que su permanencia en tal domicilio los protege frente a avances eventuales que podría tener uno de sus hermanos.

En este sentido, dice que la detención de tendría consecuencias notablemente apremiantes en la vida de su familia, que pueden ser radicalmente disminuidas con la posibilidad de que su asistido cumpla con la pena impuesta en libertad.

Para justificar el pedido de pena en suspenso, pese a que en este caso, conforme las reglas procesales corresponde una pena de efectivo cumplimiento, se ha valido de las Reglas de Tokio que establecen como estándar internacional, la necesidad de aplicación de medidas alternativas al encierro en prisión, sobre la base de los principios de atención comunitaria para el fin de la reinserción social y el principio de intervención mínima de la pena.

Asimismo, ha recalado la situación actual en la que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia (Res. 184/19) ha declarado la emergencia penitenciaria en atención a las condiciones estructurales de

nuestros establecimientos carcelarios. Sobre el punto, la Dra. Laiño recientemente manifestó que las cárceles federales “*ya no son aptas para la condición humana*” en ocasión de resolver un habeas corpus, como integrante de la CNACC (Sala VI, rta 8/03/2019). En sentido similar, ver Sala II, CFCP, “Maradona”, rta: 30/5/19, reg. 1087/19.

Asimismo, ha citado diferentes antecedentes jurisprudenciales en los que se sostuvo que la aplicación de una pena de efectivo cumplimiento no debe ser automática sino que debe hacer un análisis en cada caso para evaluar la determinación e individualización judicial del *quantum* de la pena.

Llegado el momento de resolver sobre este punto en particular, he de decir, que el eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son sólo presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece.

Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado [Bustos Ramírez 1989].

Para este acto complejo -laberinto dado porque este evento debe incluir qué clase de pena se aplicará, cuál debe ser su monto y bajo qué modalidad se deberá ejecutar- en la cual vamos a fijar las consecuencias del ilícito culpable, se recurrirá a buscar el mayor equilibrio existente entre dos objetivos valiosos pero antagónicos -como dice Rusconi-: la mayor precisión y justicia en el caso en concreto y la búsqueda paralela de la previsibilidad de la pena estatal; estando obligados a echar manos sobre criterios exactos divididos en dos facetas, la primera relacionada al hecho y la segunda relacionada al autor.

En cuanto a la base fáctica, se halla delimitada por el grado de culpabilidad, siendo ésta una frontera inexpugnable que va a delimitar la magnitud y las secuelas del delito. La culpabilidad, en cuanto reprochabilidad del hecho antijurídico, hace referencia a los presupuestos sin los cuales no es posible responder al ilícito con una pena. Pero la culpabilidad también expresa



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

la mayor o menor posibilidad de motivación conforme a la norma, y en este sentido, es un concepto graduable. La culpabilidad tiene carácter constitutivo al determinar si se aplica o no una pena, en tanto para graduar la pena, resulta decisiva la medida de esta culpabilidad [Ziffer 1993].

O sea, que la cantidad y calidad de la pena será conforme a la mensura de su responsabilidad personal por el hecho endilgado, en cual deberá regir como elemento rector para tal evento el principio de proporcionalidad, asimismo, ampliándose a su magnitud y contrastando sus límites.

Esto significa que la medida de la pena es reflejo de la medida de la culpabilidad, la cual, a su vez presupone la existencia de un ilícito: lo que se reprocha es el hecho antijurídico del autor. De este modo, se reconoce la culpabilidad por el hecho, y se descarta la culpabilidad de carácter o por conducción de vida [Ziffer 1993].

Sin embargo la culpabilidad, dada la imprecisión dogmática y lo multívoco de su definición, no debe ser el único fundamento punitivo y límite de la pena (Kunz, Ziffer, entre otros). Por ello, somos de la idea de que la pena será justa en la medida que sea proporcional a la infracción, echando mano de esta forma al principio de proporcionalidad, cuya función es otorgar una adecuación entre pena y culpabilidad.

Utilizando la objetividad brindada por el legislador en el primer inciso del artículo 41, o sea todo lo respectivo al hecho endilgado, tendremos en cuenta la naturaleza de la acción y los medios que se emplearon en ella para su ejecución, como así también la extensión del daño en el bien jurídico tutelado y el peligro causado en este bien y en su titular, todo ello evitando una doble valoración en elementos normativos ya incorporados en el tipo objetivo quebrantado.

Pero esta extensión del daño la consideramos como afectación al bien jurídico puramente objetiva, sin un criterio cuantificador, o sea, dada la naturaleza compleja del injusto, este problema prácticamente no tiene relevancia, porque sus componentes subjetivos siempre indicarían grados de

intensidad lesiva, aún en el caso de ser objetivamente equivalente a una lesión [Zaffaroni 1983].

En cuanto al segundo tópico (relacionado al autor), las pautas mensurativas y no taxativas del mencionado artículo 41 del Código de fondo, nos demuestra cierta flexibilidad y apertura que hace necesario cerrar en este acto. Creemos que su educación, costumbres y actividad laboral son elementos a tener en cuenta.

Los motivos que lo llevan a delinquir no serán tenidos en cuenta, dado que se hallan incorporados, y ya fueron valorados, en el estrato de la culpabilidad; es decir estas resistencias internas que aumentan o disminuyen el reproche son un elemento constitutivo de la motivación en la norma, sustrato superado en la instancia de apreciación fáctica bajo la óptica del sistema del hecho punible.

Lo mismo sucede con la denominada “participación en el hecho”; mal se lo puede valorar como agravante o atenuante cuando ya fue objeto de evaluación al momento de tratar la responsabilidad y participación criminal por el hecho.

La conducta precedente engendra ciertos conflictos dogmáticos que es necesario tratar. Si nos encerramos en una concepción exacta del principio de culpabilidad, ella nos obligará a dejar de lado toda valoración anterior a la comisión del hecho; pero este tema desde el punto de vista preventivo especial resulta ser un sustento primordial. Desde el punto de vista de los partidarios de la prevención general, la pena tiene una naturaleza retributiva adecuada a la culpabilidad, según el cual, la pena más efectiva preventivamente es la que se adecua a la culpabilidad.

En la misma línea la C.S.J.N., en el precedente “Gramajo” expuso: “... resulta por demás claro que la Constitución Nacional principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo”.

“Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito, impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.”

“Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de escalas penales.”

El respeto por el principio de culpabilidad impone que se tomen en cuenta a favor del autor las posibles deficiencias que le hayan impedido actuar conforme a derecho, a pesar de la pena anterior. En ese caso, el Juez deberá compensar la mayor peligrosidad de la ejecución con una pena de menor duración. [Ziffer 2000].

Por lo demás, y como se ha sostenido en pronunciamientos anteriores, en la actualidad, en lo que a nivel doctrinario se refiere, puede sostenerse que se encuentran descartadas o al menos hondamente sumergidas en una crisis doctrinaria las bondades que en alguna época se le adjudicaba al sistema penal retributivo y preventivo, aunque pueda sostenerse que hoy en día en la práctica se aplica a diario, así como también puede tildarse de obsoleto el fin rehabilitador, resocializador, reeducador, que se atribuye a la prisión.

En concreto y teniendo en cuenta la normativa vigente, la pena privativa de libertad no es más que una sanción punitiva que debe ser impuesta de la manera más reducida posible y en forma proporcional a los hechos por los que se condena al justiciable, permitiéndole a éste una adecuada reinserción social.

En cuanto a la expresión peligrosidad utilizada por el legislador, ésta es en su esencia un correctivo a futuro, heredado de una muy mala interpretación del termino “*temeritá*” cuyo origen corresponde al positivismo

criminológico. Por ello no lo tendremos en cuenta al momento de expedirnos y nos remitimos a las consideraciones manifestadas en los acápites que anteceden en cuanto a la no utilización de medidas preventivas, ya sea de carácter general o especial al momento de establecer el “*quantum*” de la sanción.

Desde tales perspectivas, y como ya lo adelantara estimo adecuada imponer la pena de cuatro meses.

Ahora bien, en la presente causa el Ministerio Público Fiscal solicito que se aplique una pena de efectivo cumplimiento, atento a que registra condenas anteriores a este hecho.

Pero lo cierto es que en este caso, dicha pena sería en desmedro tanto del imputado, de su núcleo familiar, como de toda la sociedad, ya que no cumpliría con el fin de resocialización que la justifica.

Es así que mediante todas las constancias que se acompañaron se pudo observar que el imputado tiene una familia, un trabajo, que ayuda económicamente a sus padres ya que les resulta muy difícil acceder a otro sostén económico porque su padre tuvo un acv y la madre se ocupa del mismo, Asimismo ayuda económicamente a sus hijos menores. Que imponer una pena de efectivo cumplimiento a una persona que actualmente se encuentra cumpliendo con las reglas sociales, sería desociabilizarlo totalmente ya que luego de cumplir su condena, no conseguiría un trabajo estable y su situación económica así como la de su familia se vería totalmente desestabilizada, siendo una puerta de entrada para que el imputado vuelva a incurrir en la vida criminal.

En un voto de la Dra. Ledesma¹ relacionado con la aplicación de los mínimos, cita a Gonzalez-Cuellar Serrano, quien señala que la proporcionalidad en sentido estricto reclama “*la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de*

¹ CNCP, Sala III, voto de la Dra. Angela Ledesma en la causa N° 6501, caratulada “Tinganelli, Martín Daniel s/ recurso de casación” rta. En abril de 2006.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir...”. Agrega este autor que “El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley...postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto...introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos.” (Nicolás Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 29 y 69).

También cita a Bacigalupo, quien al estudiar este tópico menciona que el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que *“El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor...”*; asimismo refiere que de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español *“se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad...”* (Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales de derecho penal”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 157/158).

A su vez, la Corte ha entendido que *“...la proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exige un*

mínimo de razonabilidad para que la conminación pueda ser aceptada en un estado de derecho”²

En este sentido consideramos que sería desproporcionado imponer al imputado una pena de efectivo cumplimiento, atendiendo al delito investigado.

Más allá de las críticas formuladas a las distintas teorías de la pena, nuestro sistema legal sigue una teoría de la resocializadora de las penas, lo que llamaríamos de prevención especial positiva.

Desde hace mucho tiempo se pretende legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor. Se sabe que la prisión comparte las características de las demás instituciones totales (manicomios, cuarteles, etc) y se coincide en su efecto deteriorante. Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil o adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica. Frente a esto no es sostenible que sea posible mejorar condicionando roles desviados y fijándolos mediante una institución deteriorante, donde su población es entrenada en el recíproco reclamo de esos roles.³

Asimismo surge del espíritu de la ley de ejecución penal 24.660, que el tratamiento penitenciario tendiente a lograr la reinserción del penado en la sociedad, se apoya en pilares de fortalecimiento del vínculo familiar, de recuperar hábitos laborales y en definitiva de sujeción a las normas de manera de evitar la reincidencia.

Acá nos encontramos con un hombre que ha acreditado su vida familiar, con sus padres e hijos. Asimismo asume su responsabilidad como hijo, siendo la única persona que en estos momentos se encarga del cuidado de

² CSJN causa N° 6491, caratulada “Pupelis, María Cristina y otros s” robo con armas” rta el 14/05/91.

³ “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Eugenia R. Zaffaroni, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar, pag. 46.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

sus padres, además de colaborar económicamente en su manutención. Posee demostrados hábitos laborales, teniendo un empleo fijo.

También ha demostrado su arrepentimiento con el hecho sometido a juzgamiento.

Por lo tanto nos preguntamos en este caso concreto de que sirve que la pena ya establecida sea de cumplimiento efectivo. La única respuesta es provocar un daño al condenado más allá de lo que la razón indica.

En efecto, la prisionización del sujeto en este caso concreto, además de los efectos nocivos que en general suele provocar este tipo de penas, y que anteriormente señaláramos, llevaría a la inmediata pérdida de su trabajo, vínculos familiares y demás consecuencias negativas, por lo que en vez de reinsertarlo en la sociedad, estaríamos separándolo de ella definitivamente y en consecuencia apartándonos de un mandato constitucional y por lo tanto la pena sería ilegítima.

En este marco resulta decisivo el dictado de la resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de fecha 25 de marzo del corriente año, mediante el cual se resolvió en su art. 1 “Declárese la emergencia en materia penitenciaria por el término de 3 años a partir de la publicación del presente”.

Se llega a esa situación en virtud de una sobrepoblación de aproximadamente el 20%.

He podido, a través de las distintas auditorias que he efectuado con el Sistema Interinstitucional de Observación y Seguimiento de las Condiciones Carcelarias que preside el Dr. Gustavo Hornos sobre distintos complejos penitenciarios, que dicha sobrepoblación ha generado un importante impacto negativo, afectando a todos los sectores: trabajo, salud, educación, seguridad.

Hemos observado las graves condiciones en las que se cumplen las detenciones en la Unidad 28 y 29 del SPF, con el agravante que por falta de cupo hay detenidos que permanecen en dichas unidades que son de tránsito, un tiempo promedio de 20 o 30 días.

“... si falta espacio hay sobrepoblación y hacinamiento y si falta personal, hay anarquía y vacío de autoridad que es llenado por los liderazgos emergentes y el surgimiento de grupos de autodefensa... los sistemas penitenciarios deben garantizar el cumplimiento de múltiples funciones establecidas en las normativas internacionales y nacionales como alimentación, salud, seguridad, visita, capacitación, trabajo, etc. Pero la falencia en estos dos requisitos básicos genera situaciones objetivas inevitables de violencia que impiden su cumplimiento. En situación de sobrepoblación la salud es peor, la higiene es peor, la comida es peor, la seguridad personal tanto de las personas presas como de las personas funcionarias es peor y así sucesivamente (Carranza, Elías, Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe que Hacer? En “Anuario de Derechos Humanos”, n° 8, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012, pag. 31).

Por lo tanto en el presente caso, encontrándose en libertad , debería proceder a su detención y derivarlo a la Unidad 29 a efectos de que con posterioridad le encuentre cupo en alguna unidad del SPF. Es decir que prácticamente su primer mes de condenado lo cumpliría en una unidad de tránsito sin que pueda aplicarse sobre el nombrado ningún tipo de tratamiento penitenciario y en las condiciones que en todos los medios periodísticos se ha observado y que he constatado personalmente.

Superado ese grave escollo y logrando ser alojado en alguna unidad penitenciaria, también esta claro que tampoco podría recibir ningún tratamiento penitenciario. La falta de cupos laborales o de cursos de capacitación profesional generados por la sobrepoblación, hacen presumir que en el plazo de 3 meses que le restarían de su condena no sería beneficiario de ningún trabajo o curso educativo, lo que en consecuencia se traduciría en pura y exclusivamente en encierro.

“La comisión ha señalado que: otra grave deficiencia estructural que obstaculiza la implementación efectiva de cualquier sistema de actividades para los reclusos, es la sobrepoblación. La masificación de los



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

sistemas penitenciarios impide el acceso de la mayor parte de los reclusos a las generalmente pocas oportunidades de trabajo y estudio, imposibilitando su adecuada clasificación, lo que genera una situación de hecho contraria al régimen establecido por el art. 5.6 de la convención. Por lo tanto, el logro de la finalidad esencial de la pena mediante el tratamiento penitenciario adecuado, presupone necesariamente erradicar la sobrepoblación y el hacinamiento “ (CIDH “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 64, 2011, pag 231, parr 612).

Estas dificultades analizadas a nivel general hay que estudiarlas en el caso concreto. Y es así que observamos que el tratamiento penitenciario que debe tender a que el condenado retome hábitos laborales, estudie, refuerce lazos familiares, en este caso se han corroborado que los posee en su vida en libertad y que en consecuencia la prisionización más que otorgarle esas herramientas se las quitaría definitivamente.

Como dijo el máximo tribunal:” si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa”. (Fallos: 318:2002 y 328:1146).

“Cuando el Juez se plantea la imposición de una pena de prisión al autor de un injusto culpable, sabe – o debe saber – perfectamente que no impondrá solo una pena de privación de la libertad ambulatoria. Resulta evidente – e ineludible – la obligación de considerar los efectos colaterales de la ejecución de dicha pena ... efectos que no se encuentran vinculados consustancialmente (ni tampoco lícitamente) a la privación de libertad sino que son debidos a las deficiencias del Estado. En particular, debe aludirse a la superpoblación carcelaria” (Silva Sanchez, Jesús María “Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal” Atelier, Barcelona 2018, pag. 152-153)

(“Procuración Penitenciaria de la Nación s/ recurso de casación” Sala II causa FSH 8237/2024/CFC1 del 28/6/2019).

La ley 24.660 tenía en su articulado una buena alternativa para este tipo de casos, que es el art. 35 inc. E. En dicha normativa en conjunción con el art. 50 de la misma ley se preveía la sustitución de las penas menores a 6 meses por tareas en favor de la comunidad.

Mucho se ha expresado en relación a si con este sistema se esta cumpliendo con el fin resocializador de la pena, en virtud de la falta de tratamiento penitenciario. Una primera respuesta sería que esta modalidad resulta ajena y contraria al sentido integral de la ejecución de la pena privativa de libertad, pero esta claro que estas medidas alternativas constituyen la mejor solución para los casos en donde por el escaso monto de la pena impuesta o por las circunstancias especiales del caso, el encierro carcelario resulta contraproducente.

La principal ventaja de estas medidas alternativas radica en que el penado puede mantener sus relaciones familiares y sociales durante los momentos de libertad, de esta forma el condenado no se separa de su medio social..

“El cumplimiento efectivo de una pena de prisión de corta duración difícilmente pueda cumplir con aquel mandato constitucional y por el contrario generará con seguridad mayores inconvenientes en orden a la obtención del fin de la sanción penal”. (TOC n° 1 CABA 13/2/14 “Noguera J A” causa 4639).

Ahora bien la ley 27375, hizo desaparecer misteriosamente el inc. E) pero no derogo el art. 50.

Es decir que nos encontramos con una persona que a lo largo de todo el proceso cumplió con su obligación de acudir a cada llamado de la justicia y que en muchos ocasiones ha conseguido un trabajo y ha fortalecido sus lazos familiares. Entonces nos preguntamos: extraer a esa persona del medio libre y prisionarlo al solo efecto de que de cumplimiento a su pena efectiva, cumple con los objetivos de la pena establecida en el art. 1 de la ley



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

24660? Esta claro que la respuesta es no y por lo tanto la aplicación de este instituto parece mas cercano a dicha finalidad de la pena. Además el corto tiempo de la pena impide un real tratamiento..

Por lo todo lo expuesto impondremos en este caso la pena de ejecución condicional, apartándonos de la solicitada por el Ministerio Público Fiscal.

A fin de mantener la condicionalidad de la pena se le impondrán las siguientes medidas de acuerdo a lo normado en el art. 27 bis del código penal por el término de 2 años:

- Fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Ejecución de la pena, cuya concurrencia será cada quince días.
- Abstenerse del consumo de alcohol y de cualquier tipo de estupefacientes.
- Acreditar trabajo y el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias con sus hijos menores de edad
- La realización de 200 hs de trabajo para la comunidad en el lugar que la Dirección de Control disponga.

Entiendo que la justificación brindada y las medidas impuestas son la mejor solución del conflicto en atención a los fines de la pena establecidos en nuestra constitución nacional.

CUARTO: Reincidencia

En el marco de la causa 46782/2017 (n° interno 4773) del Tribunal en lo Criminal N° 10 fue condenado con fecha 21 de diciembre de 2015 a cumplir la pena de tres años de prisión y costas, mas la declaración de reincidencia, por considerarlo penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, fijando fecha de vencimiento de la pena el 10 de agosto de 2018, fecha en la que recuperó su libertad por agotamiento, tal como lo informó el Registro de Alojados del SPF (ver fs. 35).

Que conforme surge de la comunicación obrante a fs. 20, el nombrado fue anotado a disposición del Juzgado de Ejecución N° 5 el día 11 de julio de 2017 por lo que ha cumplido detención en calidad de condenado y en una unidad carcelaria, por lo que deberá ser declarado reincidente conforme lo normado por el art. 50 del Código Penal de la Nación.

SEXTO: costas y notificaciones.

En atención al resultado del presente proceso, deberá responder por las costas procesales.

Se deberá notificar a las partes mediante cédula, y al imputado, personalmente.

Asimismo, se deberá notificar asimismo a la víctima en los términos de los artículos 2 y 5, inciso 1) de la ley 27.372. A quien se le deberá comunicar que tiene a su disposición los \$300 depositados, debiendo expresar su interés en el plazo de 5 días bajo apercibimiento de ser donados a la Asociación civil AGAPAO.

Por todo lo expuesto, y de acuerdo con lo establecido en los arts. 398, 399, 400, 403, 431 bis, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación,

RESUELVO:

I. CONDENAR a _____, de las restantes condiciones personales ya mencionadas, a la pena de **CUATRO MESES DE PRISIÓN cuyo cumplimiento se deja en suspenso**, y al pago de las costas procesales, por ser autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa (artículos 29 inciso 3°, 42, 44, 45, 164 del Código Penal de la Nación y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. DECLARAR REINCIDENTE a _____ (art. 50 del Código Penal de la Nación).

III. A fin de mantener la condicionalidad de la pena se le impondrán las siguientes medidas de acuerdo a lo normado en el art. 27 bis del código penal por el término de 2 años:



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL NRO. 22 DE LA CAPITAL FEDERAL

- Fijar domicilio y someterse al control de la Dirección de Control y Ejecución de la pena, cuya concurrencia será cada quince días.
- Abstenerse del consumo de alcohol y de cualquier tipo de estupefacientes.
- Acreditar trabajo y el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias con sus hijos menores de edad
- La realización de 200 hs de trabajo para la comunidad en el lugar que la Dirección de Control disponga.

IV Notificar mediante cédula a las partes, al imputado de manera personal y a la víctima en los términos de los artículos 2 y 5, inciso 1) de la ley 27.372. A quien se le deberá comunicar que tiene a su disposición los \$300 depositados, debiendo expresar su interés en el plazo de 5 días bajo apercibimiento de ser donados a la Asociación civil AGAPAO.

Regístrese y publíquese en los términos de la Acordada CSJN n° 15/13. Una vez firme, efectúense las comunicaciones de rigor. Cumplido y repuesto que sea el sellado, archívese.

Ante mí: