

**INTERPONE RECURSO DE APELACIÓN. SE OPONE AL REQUERIMIENTO DE PRISIÓN PREVENTIVA. RECUSA**

Excma Cámara:

MARÍA FLORENCIA ARIETTO, abogada inscripta al T° VIII F° 236 del C.A.M, en su carácter de defensora particular del menor BRIAN GONZALO BARRERA, con domicilio procesal en la calle Ituzauingó 321 casillero 666 de la localidad de San Isidro, en la causa N° 38.924 por el delito robo doblemente calificado por haber sido cometido con armas y en poblado y en banda en concurso con homicidio criminis causae a V.E. me presento y respetuosamente digo:

**I.-OBJETO:**

Que conforme a lo normado por los artículos 439 ss y cc del CPPBA, vengo a interponer Recurso de Apelación contra la resolución que dispone el procesamiento y la prisión preventiva de mi defendido con el objeto de que el Tribunal de Alzada reexamine lo resuelto, revoque el auto de prisión preventiva impugnado, y SOBRESEA A NUESTRO DEL DELITO INVESTIGADO, dado la inexistencia de prueba que relacione a nuestro defendido con el mismo y con ningún otro delito, la inexistencia de evidencia que sindique a mi pupilo como coautor de un robo doblemente calificado y participe primario de un homicidio “criminis causae”, y a recusar al magistrado firmante conforme lo dispone el art. 50 en función del 47 inc. 13 del CPPBA; todo ello por las razones de hecho y de derecho que se expondrán a continuación.

Asimismo manifestamos la decisión de hacer reserva de recurrir en la Casación y de caso federal por considerar esta defensa que se han violado las normativas constitucionales del art. 18 y 33 de la Constitución Nacional y los artículos 3, 37, 40 y ss. de la Convención sobre los Derechos del Niño con raigambre constitucional de acuerdo al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

## **II.- AUTO DE PROCESAMIENTO.- PRISIÓN PREVENTIVA:**

Esta Defensa entiende que el auto de procesamiento contiene apreciaciones que, lejos de expresar una valoración, constituyen una aseveración caprichosa de hechos no probados y establece una clara e inequívoca violación a la garantía constitucional de **IGUALDAD ANTE LA LEY**, y consecuentemente hecha por tierra el principio del **DEBIDO PROCESO**.

El auto de prisión preventiva dictado en el ámbito de la presente, causa a nuestro pupilo un gravamen irreparable. Y el concepto de gravamen irreparable no es mencionado genéricamente, sino por el contrario, esta defensa se refiere al mismo en el sentido de no existir otra oportunidad procesal para reparar el perjuicio que irroga el dictado del auto de prisión preventiva. Tenga en cuenta V.E. que aún no se ha evacuado cita alguna.

El auto de procesamiento recurrido se funda en tareas de inteligencia realizadas por personal policial a los efectos de determinar quienes habrían sido los posibles responsables del crimen aberrante ocurrido el día 21 de octubre de 2008 en la finca de la calle Perú 725 de la localidad de Acassuso en donde fuera asesinado el ingeniero Barrenechea.

No hay en el expediente acreditación fehaciente de las razones por las cuales se dispuso la búsqueda de a Brian Barrera pues el testimonio que lo sindicaba como partícipe refiere a Brian alias “el negro”, en tanto que Brian Barrera carece de alias, y en el barrio Puerta de Hierro hay, al menos cincuenta jóvenes con ese nombre.

Según la declaración testimonial del teniente Galeano, incorporado a fs. 35 un “testigo de identidad reservada” nombra a varios chicos como los responsables del asesinato del ingeniero Barrenechea, entre ellos a un tal “NN EL NEGRO O Barrera Brian, quien se domiciliaría en la calle **Crovara n° 5600, tira 21, casa 324...**” se libran las órdenes de allanamiento y se comprueba que el domicilio dado por este testigo es el del menor Jonathan Romero, o sea que el testigo involucró a Brian cuando en realidad estaba hablando de Jonathan Romero, y no pudo haber lugar a confusión porque Jonathan solía ir a la casa de Brian, pero

jamás Brian iba a la casa de Jonathan. Y la sospecha se acentúa más, por cuanto Jonathan y Brian son, coincidentemente, los dos únicos detenidos en la causa.

No resulta sorprendente que, a fs. 75/76, el juez Martínez convalide los resultados de los allanamientos y ordene la captura de Brian. Sin embargo, no autoriza el allanamiento para detenerlo, a lo que recurren ante la emergencia que se origina por HABER ERRADO EN EL PROCEDIMIENTO DEL PRIMER ALLANAMIENTO CUANDO EL “TESTIGO DE IDENTIDAD RESERVADA” DA UN NOMBRE Y UN DOMICILIO QUE NO SE CORRESPONDEN ENTRE SI.

Es decir, que se libró una orden de detención contra un menor de edad, sin siquiera haber chequeado la información que dio un testigo de oídas y que resultó errónea. **Este es el primer error que fulmina toda la investigación de nulidad absoluta, ya que por un error de la policía, no había al momento de dictar la captura NINGUNA prueba que vincule a Brian con este hecho aberrante.**

Aún más, llama extremadamente la atención que, en los distintos allanamientos ordenados por el Fiscal Garbús y convalidados por el juez Martínez, se allana la casa de un menor llamado NN Boliviano, que a la postre resultaría ser el menor **Gustavo Quispe, en la CALLE 510, CASA 126, SECTOR E de Ciudad Evita, en donde se secuestran entre otras cosas 40 MUNICIONES INTACTAS CALIBRE 45 MM., QUE ENTRE OTROS HAY POR LO MENOS 3 DE MARCA FEDERAL Y 6 DE LA MARCA CBC, las cuales coinciden con las encontradas en el lugar del hecho según constancia de la superintendencia de la policía científica de fs. 25, en la cual establece “... se incautaron un total de 8 (ocho) vainas servidas calibre 11.25 mm cuya conversión es .45 ACP de las cuales 7 ( siete) son de manufactura Brasileña, marca CBC (Compañía Brasileña de Cartuchos) y 1 ( una) vaina del mismo calibre y de la firma FEDERAL de origen estadounidense...”** Tal como consta a fs. 55/56.

Ahora bien, este menor, que tan confiable resulta a la impresión del a quo, que es vecino del barrio, tiene 14 años y un arsenal en su casa, conforme a lo

establecido a fs. 92/93, marca la casa de Brian en un plano que le muestra la policía y luego a fs. 94 junto a su tía Flavia Silvana Quispe le indican a la policía cual es la “casa de Brian”. Cabe preguntarse, como es que habiendo encontrado municiones similares de a las utilizadas en este hecho, se insiste en encontrar a “un” asesino, eligiéndose a Brian para tal fin, cuando ni siquiera se relacionaba con esta banda, de la cual el menor Quispe formaba parte y no resulta investigado. Acaso no hubiera correspondido realizar las dubitaciones correspondientes entre las vainas servidas y las balas extraídas del cuerpo del ingeniero de acuerdo a la autopsia de fs. 188/198 y las encontradas en el lugar del hecho? Ante estas circunstancias que hablan por si mismas, qué condiciones y grado de credibilidad puede adjudicársele a este menor Quispe, quién declaró contra Brian no pudiéndolo describir físicamente y señalando su casa?

Tampoco hemos podido apreciar que el a quo haya ordenado investigación alguna por la información que surge del parte de la policía acreditado a fs. 71, según el cual, en el monoblock 12 departamento 7, cuya moradora es Patricia Sosa, quien sería la suegra de Matías Iglesias alias CHUNA, CHUNITA O CHUMA, había menores que hablaban del crimen del ingeniero. Al contrario, surge del expediente de causa que se allanaron los departamentos 5 y 6 del monoblock 12, según constancia de fs. 340/342, pero increíblemente se omitió disponer un allanamiento al cuestionado departamento 7. Habría algún motivo para protegerlo? Si existiere motivo, a esta defensa no le fue comunicado.

Para continuar con esta extensa enumeración de irregularidades, que de ningún modo puede resultar taxativa, sino meramente enunciativa, en virtud de su número, que podría decirse que linda prácticamente con el infinito, cabe tener presente que, a fs. 150/151 la policía científica certifica que entre las huellas relevadas en el lugar del hecho y confrontadas con las huellas dactilares de Brian no existe coincidencia, es decir dio como resultado NEGATIVO. En otras palabras, es imposible ubicar, a partir de los resultados de este peritaje, a Brian, en la escena del crimen. Cabe preguntarse entonces, sino es posible ubicar a Brian en la escena del crimen como es que el Señor Juez puede procesarlo como autor del

robo y participe de homicidio? O acaso el Señor Juez no cree en el valor científico y probatorio de las pericias que ha ordenado?

Al iniciar la actividad defensiva, esta parte interpuso la nulidad de todo lo actuado desde la “confesión” de Brian en adelante, porque el adolescente había sido citado, según fs. 121, a prestar declaración indagatoria en el marco del artículo 308 de CPPBA, ante el Fiscal Gastón Garbus, titular de la Fiscalía Descentralizada de Martínez, sin haberse acreditado **FEHACIENTEMENTE** la identidad y edad del menor. En consonancia, puede leerse a fs. 127, que el secretario de la defensoría oficial a cargo de la defensa de Brian, manifiesta expresamente un advertencia al fiscal, sosteniendo que Brian es menor de edad. Haciendo caso omiso de la obligación de respetar los tratados de derechos humanos con rango constitucional, el fiscal Garbus, arbitrariamente, lleva a cabo el acto de declaración. Pero haber ignorado la edad de Brian a los efectos de construir a un asesino requerido por victimas y vecinos de las víctimas, no ha sido lo más gravoso. Lo fundamental de esta situación, **lo aberrante**, es que quienes debieran garantizar la seguridad de los ciudadanos, obligan a un **niño** a confesar un hecho que no cometió, ignorando los malos tratos que se le propinaron con este objeto, y se considera esa prueba como fundamento para convertir en detención su aprehensión. Este hecho, por si solo, supone una sed de venganza y de sangre impropia para quienes perciben haberes a cambiar de garantizar la paz social, y típicas de un período de nuestra historia signado por el horror, tal como fuere característica de la última dictadura militar. A fs 686/689 el Señor Juez de Menores convalida el procedimiento no haciendo lugar a la nulidad interpuesta, pero corrobora nuestro planteo al resolver con fecha 9 de noviembre la exclusión de la declaración indagatoria como prueba de cargo. Surge a fs. 258/261, oportunidad en que se lleva a cabo el acto de declaración indagatoria, segunda en la causa pero, primera ante el Juez de Menores, que Brian manifiesta que fue sometido a coacción, tanto física como psíquica, para relatar el hecho materia de autos e incluirse en él. Sostiene haber estado atado a un palo durante dos días en el piso y que le pegaron una cachetada. Es obvio que en esas condiciones podría

haber confesado haber sido el autor del mismísimo asesinato de Kennedy aunque cronológicamente resultara imposible. Sin embargo, el Señor Juez, recién decide actuar cuando esta defensa plantea la nulidad de lo actuado. Será por que anteriormente Brian, antes de disponer de defensores particulares y de medios de comunicación masiva atentos a su situación, no resultaba creíble?

Las declaraciones de la mucama, también constituyen un dato muy interesante. De hecho, a fs. 3/4, fs. 11 y fs. 30, al expresarse sobre los rasgos de las personas que entraron a la vivienda, sus declaraciones no resultan fehacientes por no ser concordantes. Una lectura atenta, permite arribar a la conclusión de que el hecho fue perpetrado por mutantes, ya que las características cambian con asombrosa frecuencia.

Cabe tener presente, además, que con excepción del reconocimiento efectuado sobre Brian por los integrantes de la familia Barrenechea, todos se realizaron en condiciones notables de irregularidad. Se han contrapuesto chicos que eran manifiestamente de edad mayor con un menor. Que puede esperarse de tales reconocimientos sino la misma falta de seriedad en las respuestas que en la concreción del procedimiento. **En la rueda de reconocimiento en que participara la mucama, quienes se encontraban con él eran más grandes de edad que carecían de claritos en su cabello, por tanto, era OBVIO que iba a “marcar” a Brian.** Lo mismo hubiera sucedido si la hubiéramos puesto en contraste de un grupo de venerables ancianas, pero de ningún modo podremos aceptar, que ese trámite tan absurdo como irrisorio, pueda aportar un elemento cargoso. En virtud de lo expuesto, es que consideramos que ese testimonio y el posterior reconocimiento deben ser declarados nulos y no pueden ser tomados en cuenta como prueba de cargo, **adunando que no reconoce a Jonathan cuando los integrantes de la familia del ingeniero Barrenechea, a fs. 631/634, reconocen en forma contundente a Jonathan y no lo hacen con Brian.**

De las declaraciones de la viuda de Barrenechea y su hijo Tomás, insertas a fs. 643/644, se desprende que el único detalle que les llamó la atención fueron

los claritos rubios en el pelo. Sin embargo, Jonathan tiene claritos rubios, y el prófugo Matías Iglesias alias CHUMA, CHUMITA O CHUMI también.

Entre los seleccionados para el reconocimiento de Brian NINGUNO tenía claritos rubios en el pelo, siendo una cuestión de criminalística básica, que una víctima en un hecho violento tiende a recordar únicamente detalles que le llamen la atención.

Por otra parte, es importante reiterar que las víctimas de autos siempre hablan de dos personas que entran a su domicilio, UNO DE CABELLO OSCURO, Y UNO DE CABELLO CON CLARITOS RUBIOS. Si reconocieron a Jonathan como el de los claritos, y lo ubicaron dentro del hecho materia de autos, no es equivocado pensar que el otro es morocho, así lo acredita Felipe Barrenechea cuando en el reconocimiento de Brian, indica a uno que no tiene que ver con el hecho, y es casualmente MOROCHO (fs. 645).

Según consta en la causa, dos personas fueron sindicadas por distintos testimonios, en total coincidencia con los dichos barriales, como los responsables del asesinato. Estas personas son CRISTIAN DANIEL MOLINA alias QUITU (que casualmente es morocho) y MATÍAS IGLESIAS alias CHUMA O CHUMITA O CHUMI, quien posee, o poseía, un piercing en el labio izquierdo, mientras que Brian jamás utilizó piercing, y esto el a quo hubiera podido corroborarlo mediante un simple examen médico.

En la declaración de Jonathan, a fs 262/268, éste dice que QUITU vestía buzo o remera negra y pantalón cargo crema, en total coincidencia con los dichos de la mucama a fs.3/4, 11 y 30, cuando refiere a la vestimenta de uno de los individuos que entraron a la casa el día 21 de octubre. **Ambos permanecen prófugos y, según testimonios de los vecinos del barrio, haciendo alharaca de su impunidad.**

**Si los testimonios de las víctimas coinciden en que fueron dos personas las que entraron a la casa, y hay dos prófugos y dos detenidos, las matemáticas son exactas, acá sobra gente, y hay un inocente detenido, o tal vez dos.**

El juez, en la resolución que se ataca, habla de tres sujetos masculinos, quienes se desplazaban en un volkswagen gol gris con vidrios polarizados, y omite hablar del auto marca Renault 12 negro, que es con el cual, según está acreditado en la causa, se movilizaron desde La Matanza a San Isidro.

Ahora bien, si el magistrado dice, a pesar de los testimonios de la familia Barrenechea y de quien fuera su mucama, que TRES SUJETOS ENTRARON AL DOMICILIO, y hay en este momento DOS DETENIDOS Y, AL MENOS, DOS PROFUGOS, alguien sobra, de mínima, por lo menos UNO.

Prima facie la investigación sindicaba a Brian y a “CHIROLA” DANESE, repentinamente, al encontrar a otro, en este caso JONATHAN, se despega a Danese, y se lo involucra a Jonathan, ¿será que cuando caigan detenidos los prófugos QUITU MOLINA Y MATÍAS CHUMA, CHUMITA O CHUNI IGLESIAS, liberará a BRIAN y a Jonathan?

En el marco de esta interpretación tan personal que hace VS, da por acreditado que los disparos se efectuaron desde UN arma calibre 45mm, aún cuando los testigos siempre especificaron que dispararon ambos individuos, y en la escena del crimen se secuestraron plomos deformados, y vainas de por lo menos 2 marcas, ¿Por qué asevera V.S., que se disparó una sola arma, si no se secuestraron en autos, y según los testimonios ambos estaban armados, y según la policía científica, a través de su labor pericial, los plomos deformados y las vainas corresponden a dos armas diferentes?.

Entre sus motivos, el Señor Juez, vuelve a la declaración de Chavez, de fs. 364/365 y 500, a fin de considerarla como prueba de cargo. No se permite considerar que el testigo Chavez es un testigo de oídas que puede haber faltado a la verdad o confundido las cuestiones en el marco de la gravedad del hecho y la convulsión generada en la villa. Esto resulta del todo incomprensible cuando rechaza los testimonios María de los Ángeles Gerez, y Miriam Beatriz Maza por considerarlos afectados por las generales de la ley por ser vecinos. Situación que no afecta a Chavez, ni a Quispe, ni a la vecina del Ingeniero Barrenechea cuya declaración se halla incorporada a la causa. En consecuencia, corresponde

aseverar, que **EL SEÑOR JUEZ HA VIOLADO DELIBERADAMENTE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY**, solicitando esta defensa que se libren los oficios pertinentes para su efectiva investigación y consecuente sanción.

Otro absurdo en la causa es el crédito que se le otorga a dos reconocimientos dudosos al valorarlos como positivos. Así es que refiere a LOS RECONOCIMIENTOS EFECTUADOS POR LA SEÑORA DINORAH CARNIELLI, VIUDA DEL INGENIERO Y POR TOMÁS BARRENECHEA, incorporados a fs. 643/644, cuando y como opción de mínima debiera haber respetado un principio del derecho tan básico como lo es el **IN DUBIO PRO REO** debido a que ambos manifiestan que no están seguros y que la única similitud reside en los claritos del cabello.

Cabe destacar también que, durante la instrucción, fs. 72, se recibe un billete de 20 dólares manchado con sangre y con un capilar de color oscuro, según señala la policía científica a fs. 208. Estos elementos probatorios fueron hallados en el lugar del hecho, aún no hay resultado de la pericia, aunque debe tenerse en cuenta que, según el testimonio de Jonathan, el apodado QUITU tendría un dedo de su mano lastimado por haberle rozado una bala en el lugar del hecho y para su confronte sería imprescindible DETENER a Cristian MOLINA ALIAS QUITU, quien se encuentra prófugo hace más de dos semanas para debitar el ADN, pero llamativamente, los vecinos lo cruzan seguido por el barrio mientras la policía no lo encuentra.

A esta altura de las circunstancias, es posible pensar que en el allanamiento ordenado de emergencia para poder detener a Brian de fs. 98, plantar un mapa de la ciudad de San Isidro no sería extraño, por cuanto es la única referencia que tuvo en cuenta el juez para relacionarlo con el hecho, lo demás son testimonios de oídas dudosos, y parciales. Tal como se acredita del testimonio de Matías Damián Chávez, *“me dijeron que fueron”* (sic). Si ese resultara un elemento contundente de prueba correspondería ordenar la detención de todos aquellos individuos que posean en su domicilio una guía Filcar, Guía T o similar,

pues tener el mapa permite suponer la intención de apersonarse a delinquir en el lugar señalado. No existen palabras para valorar la selección de este elemento cargoso.

Otro absurdo puede leerse en el acta de reconocimiento en rueda de personas donde la mucama Vera, manifiesta que es Brian pero que tiene el pelo un poquito más largo, ¿se nota como crece el pelo en 9 días? ¿se retiene ese detalle y no se retiene que tiene claritos rubios en el pelo?. Si Brian pudiera tener un crecimiento tan notable de cabello, las empresas cosméticas ya lo hubieran capturado para obtener la fórmula secreta.

Sinceramente, me siento insultada y humillada en mi inteligencia desde el momento en que Su Señoría pretende justificar su parecer con elementos tan inconsistentes que ni siquiera pueden ser sostenidos por una frondosa imaginación.

La viuda del ingeniero, en su declaración testimonial de fs. 535/536 dice que "...uno tenía mechitas teñidas en el pelo...y el otro sujeto era de pelo corto y oscuro..." quiere decir que si la señora reconoce a Jonathan QUE ES EL QUE TIENE MECHITAS EN EL PELO, el que está prófugo es el morocho, PORQUE BRIAN TAMBIEN TIENE MECHITAS EN EL PELO. O tampoco resulta creíble el testimonio de la señora?

Manuela Barrenechea en su declaración de fs. 539 habla del "... que vino a despertarnos con una persona de sexo masculino el CUAL TENIA EL PELO MEDIO TEÑIDO CON MECHITAS RUBIAS.." (el agregado de mayúsculas nos pertenece). A fs. 646 NO RECONOCE A BRIAN, y si a JONATHAN. De ningún modo puede tratarse de ambos porque mechitas solo tenía uno de ellos.

La declaración de Felipe Barrenechea de fs. 540/541 también corrobora nuestros elementos establece "...ingresó al cuarto una persona del sexo masculino joven de PELO MOROCHO...que era parecido al jugador de Boca Chávez...apareció otro sujeto de sexo masculino de pelo TEÑIDO CON MECHITAS.." en el reconocimiento de BRIAN, Felipe NO lo reconoce, y si lo

hace con JONATHAN. Para implicar a Brian en la escena sería menester que tuviera el cabello oscuro. O este testigo tampoco es creíble?

El magistrado toma en cuenta la declaración indagatoria de Danese de fs. 542/547, el cual dice, que un tal Gula le dice, que quienes fueron los que estuvieron en el hecho, NUEVAMENTE TESTIMONIOS DE OIDAS, ACUSACIONES CRUZADAS, IMPUTACIONES SIN SUSTENTO, PARA MEJORAR SU SITUACION PROCESAL, RECORDEMOS QUE DANESE FUE EL PRIMER DETENIDO JUNTO A BRIAN POR EL CRIMEN DEL INGENIERO. Específicamente dice "...por comentarios del barrio supe que Brian también participó del hecho...".

Al juez no le interesa saber quien es el que dice? Pues yo puedo asegurarle que por comentarios de usted y de mi se pueden decir demasiadas cosas, pero lo que se dice debe ser acreditado y no lo está cuando se sostiene que alguien dice que otro dice. Si aplicáramos ese criterio debiera VS haber tomado en consideración las declaraciones de los periodistas publicadas en medios de comunicación, y las de los docentes del establecimiento educativo al que acude Brian cuando sostienen que todo el barrio dice que Brian no participó del hecho y que quienes han participado están prófugos porque la policía los protege. O valen todas las declaraciones que circulan, o ninguna. La IGUALDAD ANTE LA LEY no puede estar en discusión, ni ser de uso selectivo. Es un principio constitucional y no existe excusa alguna para no hacerla valer. Una vez más, VS la ha violado deliberadamente.

En consonancia, no se toman en cuenta los testimonios de las Sras. Maza y Geréz de fs. 736/737, porque el juez infiere que están ¿DENTRO DE LAS GENERALES DE LA LEY? Son vecinas del barrio, prestaron declaración bajo juramento, y nadie pidió la nulidad de las declaraciones, ni su procesamiento por falso testimonio. El magistrado las excluye sin siquiera citar la normativa. Es lícito cuestionarse acerca de la base legislativa utilizada por el magistrado, porque es evidente que la legislación provincial, nacional y la incorporada a través de tratados internacionales no es la que se ha aplicado en esta instancia.

De la lectura de la causa surge una peligrosa orfandad probatoria, que quita efectividad al auto de procesamiento y dictado de prisión preventiva consecuente, que precisamente está sustentada en hechos que rigurosamente analizados no se bastan a si mismos y en su conjunto para dar marco a la resolución dictada que aquí se critica.

Comenzando por la definición del tipo penal aplicado, observamos deficiencias violatorias de los derechos de mi pupilo. Ello en razón de la investigación se enrostra a mi ahijado el delito de coautoría en un robo doblemente calificado y la participación primaria en un homicidio “*criminis causae*”, cuando no hay elemento que así lo pruebe. Ni siquiera existen elementos que sitúen en el lugar del hecho, pero si existen al menos dos testimonios, que el juez no considera por tratarse de “villeros” y estar más inmersos en el barrio que un acopiador de armas y municiones, y que un detenido, que sí lo sitúan en su domicilio.

En esta causa no se han secuestrado las armas, no hay huellas, no se han encontrado los autos, hay dos prófugos, no hay coherencia en la manifestación de la mucama, no se toman las pruebas de descargo como válidas, pero tampoco se denuncia a las testigos por falso testimonio, se le da asidero a los dichos de oídas de personas que están de alguna manera implicadas en la causa y que buscan mejorar su situación, no hay coherencia en el dictado de rostro hechos por la mucama, se ha arrancado la autoincriminación en una fiscalía de mayores sin haber acreditado que era menor, se lo coaccionó física y psíquicamente para que confiese un crimen que no cometió, se ha violado un tratado, se han violado las garantías, **en conclusión se ha atentado contra el estado constitucional de derecho de una forma hasta preocupante**, por ser una causa mediática y política y necesitar calmar a la ciudadanía buscando al voleo un asesino.

Brian, sólo tiene una causa abierta en la Fiscalía de Menores de San Martín, en la cual el viernes de la semana pasada 7 de noviembre fue sometido a rueda de reconocimiento de 9 (nueve) testigos cuyo resultado fueron NEGATIVOS. Casualmente esa causa se activa cuando Brian es detenido y

sindicado COMO EL ASESINO DEL INGENIERO, EL DIA DE SU DETENCIÓN EN BOCA DEL SECRETARIO DE SEGURIDAD PAUL STARC Y DEL JEFE DE LA POLICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, DANIEL SALCEDO, ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SE LES ESCUCHÓ ASEVERAR QUE BRIAN TENIA 18 AÑOS, QUE POSEÍA NUMEROSOS ANTECEDENTES (No tiene antecedentes penales según certificación de fs. 567/570), ADEMAS DE EXPONER DELIBERADAMENTE SUS NOMBRES Y APELLIDOS. Esto, además de un disparate constituye un insulto a la ciudadanía que espera que el sistema punitivo actúe, mínimamente, con DIGNIDAD.

Respecto a la Prisión Preventiva, esta defensa considera que, pese a la inexistencia de elementos cargosos, V.S. falta a la verdad cuando pretende justificarla incorporando un recorte caprichoso de informes y refiere al riesgo de profugarse cuando le consta que habiendo gozado Brian de la posibilidad de participar de la fuga producida en el instituto de Pablo Nogués, **la fuga sponsoreada**, como han dado en llamarla los medios de comunicación, y sabrán porqué, Brian eligió quedarse y permanecer conforme a derecho y lo seguirá haciendo porque sabe que finalmente se hará justicia a pesar de algunos poderosos que pretenden salvar sus puestos de trabajo aún a costa de la libertad de un niño.

En virtud de lo expuesto, se hace saber que el pedido de nulidad y la oposición al reconocimiento se mantienen en esta instancia de apelación por no haber cesado las causales que la promovieron, sino que a contrario, se han agravado en forma desmedida.

Asimismo, hacemos saber que en la resolución atacada el magistrado repite prueba de cargo en los considerandos s) y v) lo que resulta a las claras el vacío probatorio que existe en la presente para sostener un procesamiento semejante.

Solicitamos a VE se inicie una investigación a los efectos de determinar la responsabilidad del juez interviniente por haberse dado a conocer la resolución atacada el día viernes 13 de noviembre de 2008 a los medios de comunicación, y

haber notificado a esta defensa recién el día 17 de noviembre a las 9.20 minutos tal como adjuntamos a la presente.

La resolución que se considera agravante, y en consecuencia se critica, expresa el sentir del a-quo, que dejando de lado el precepto IN DUBIO PRO REO, prefiere dar rienda suelta a su sano criterio y en tren de encontrar justificativos al dictado de un procesamiento y prisión preventiva realiza un forzado análisis de las piezas colectadas, pretendiendo casi entre un cubo en una esfera.

En fin, el procesamiento incluye un montón de datos recopilados sin conexidad entre sí, sin probanzas y luego del enunciado, como faltándole un tramo al desarrollo del argumento para llegar a la conclusión, el a-quo define la situación procesal del detenido. Es decir presenta el caso y lo sanciona pero no lo prueba, no lo conecta ni lo convierte en una situación posible y probable, simplemente lo presenta según cree que sucedió, sin abonar su pretensión, y lo sanciona.

Como corolario deseo expresar que no es compatible con la garantía constitucional de defensa en juicio la valoración indiscriminada y sujetas a la libre interpretación del Magistrado de intenciones no probadas en la causa. El Juzgador debería interpretar lo que no conoce en beneficio de mi pupilo y no razonar libremente en perjuicio de él.

Que a los efectos de respetar el principio de inocencia, es indispensable tener en cuenta que no se puede otorgar fines materiales -sustantivos- a la privación de la libertad procesal o cautelar, verbigracia, no se puede recurrir a la detención preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena.

Corresponde evocar así, los arts. 18, 31, 75 inc.22, todos de la Carta Magna, en concordancia con los arts. 7 apartado 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. ...”*, art. 9 apartados 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *“Todo individuo, tiene derecho a la libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general, pero su*

*libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparencia del acusado en el acto del juicio en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso, para la ejecución del fallo”;* art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad. . .”;* art. 11 apartado 1: *“Toda persona acusada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad;* art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad. . .”;* agregando en su art. XXVI: *“se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. . .”.* También en el ámbito del Derecho Público Provincial, los arts.10, 21, y 5 de la CONSTITUCIÓN PROVINCIAL, dicen respectivamente: *“Todos los habitantes de la provincia son, por su naturaleza, libres, independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de esos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente. . .”* *“Podrá ser excarcelada o eximido de prisión, la persona que diere caución suficiente. La Ley determinará las condiciones o efectos de la fianza atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, peligrosidad del agente y demás circunstancias de forma y oportunidad de acordar la libertad provisional”.* *“Toda ley, decreto y orden contrarios a los arts. precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos art. permitan o priven a los ciudadanos de las garantía que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces.*

En consonancia, **CAFERATA NORES** dijo:”. . .*de este modo, la prisión preventiva ya no es una medida cautelar, como lo disponen nuestra Carta Magna y Tratados Internacionales, respecto de los cuales nos ufamamos por haberlos incorporados a nuestra Constitución Nacional, a pesar de que casi todos los días nos olvidamos de ellos al proyectar las disposiciones legales. Se está violando la Constitución Nacional cuando se pretende utilizar la prisión preventiva como una*

*pena y al encarcelamiento durante el proceso como una medida ejemplificadora, como un mensaje de autoridad frente a la sociedad, no por un delito probado frente al juez competente, sino por meras sospechas o indicios que autorizan el sometimiento al proceso. En definitiva se pretende que por presuntas necesidades políticas del momento, nuestro sistema penal y procesal penal desconozca los principios que inspiran y deben inspirar la reglamentación de la C. N., por medio de la legislación de segundo orden.”*

El carácter excepcional de la detención procesal, está expresamente establecido en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 9, inc.3). También la regla 61 de las Reglas Mínimas de las Naciones (Reglas de Tokio) señala que *“en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como “último recurso”*”. Esa es la Doctrina seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, publicada en Informe 12/96, caso 11.245 (Argentina), resolución del 01-03-96, donde se subraya que *“la detención preventiva se aplica en casos excepcionales. Se trata de una medida necesariamente excepcional, en vista del derecho preeminente a la libertad personal.”*

En efecto el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contemplan expresamente la posibilidad de que el imputado recupere su libertad durante su substanciación del proceso penal.

Por el principio de mínima intervención no basta acreditar que una determinada medida cautelar resulta idónea para asegurar la realización de la ley sustantiva, sino que ella no es susceptible por otro modo de intervención Estatal menos intenso, es decir que ocasione menor perjuicio a quien se encuentre sometido a proceso. Por lo tanto fluye de este principio, que debe escogerse aquella medida que resulte menos gravosa para el imputado y asegure de igual manera, la consecución del fin procesal propuesto. Ello encuentra sustento en la idea de que así como en derecho penal es la última ratio del ordenamiento legal del Estado, las medidas coercitivas constituyen también la última herramienta de política criminal a adoptar.

En este sentido, la ley 13449 dice: ***“ARTICULO 144: Alcance. El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la Ley para decidir lo contrario. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.***

Por otra parte, es de considerar, que la prisionización, cuya única razón de ser es la protección y rehabilitación de los internos, en la actualidad, está muy lejos de cumplir con sus fines teleológicos. Nadie desconoce que dentro de ella se establecen contactos con profesionales delictivos, se proyectan trabajos futuros, se estimula la capacidad de violencia y se aumenta el consumo personal de drogas. En el caso específico de mi ahijado procesal, no es de dudar, que su hábitat natural producirá menos vicios y violencia que el supuesto tratamiento que VS pretende se le brinde en un instituto de menores, donde recientemente se ahorcaron dos niños debido a las condiciones inhóspitas a las cuales se hallaban sometidos.

Me pregunto cuantos suicidios más deberemos vivir para que los jueces y los gobiernos se responsabilicen de sus actos y decisiones.

Que en cualquier caso es dable evocar la descripción que hace ciento treinta años hacía para España doña Concepción Arenal, para que si no se ha llegado a extremos análogos a la radiografía de la célebre penitenciarista española, todos los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires se esfuercen por evitarlos y, si eventualmente se han alcanzado, hagan lo propio por revertirlo: ***“Imponer a un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Si a esto se añade que deja a la familia en el abandono, acaso en la miseria; que la cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas, donde carece de lo preciso para su vestido y sustento; donde, si no es***

*muy fuerte, pierde la salud; donde, si enferma no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama; donde, confundido con el vicio y el crimen, espera una justicia que no llega, o llega tarde para salvar su cuerpo, y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza. Sólo una necesidad imprescindible y probada puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que se aplica sin ser necesaria y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es" (Concepción Arenal, Estudios Penitenciarios, 2ª. Edición, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877, página 12).*

### **III.- Recusación:**

Que, en consideración de los vicios que afectan el proceso judicial al que se ha sometido a mi ahijado procesal Brain Gonzalo Barrera, a las reiteradas violaciones de garantías constitucionales y principios generales del derecho, vengo a interponer expresamente la **RECUSACIÓN DEL SEÑOR JUEZ INTERVINIENTE** conforme lo dispone el artículo 50 del CPPBA que en su inciso 13 refiere a circunstancias que afecten la imparcialidad y el debido proceso considerando, esta defensa haber enumerado sobradamente los elementos que abonan la mentada imparcialidad, al extremo tal, que el a quo notificó con tres días de antelación a los medios de comunicación el procesamiento de mi defendido por sobre la defensa.

Dice Manzini: *“Esta incompatibilidad está justificada por el intento de evitar los efectos de la prevención, que determina un estado psíquico propenso a admitir todo lo que tenga coherencia con la prevención misma, haciendo sumamente difícil el convencimiento opuesto. El juez, que se encuentra en estas condiciones, puede perder, por tanto, fácilmente la capacidad crítica que es el presupuesto de todo recto juicio, de manera que su exclusión responde a una evidente exigencia de la buena administración de justicia”* (Tratado, T 2, pag. 198)

En consonancia, el CPPBA en su versión anotada y comentada por el Doctor Pedro Bertolino dice: *“Independencia e imparcialidad. Los textos*

*internacionales constitucionalizados (art. 75, inc. 22, CN) han puesto énfasis en el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial. La independencia del órgano judicial hace referencia a su libertad decisoria, a su autodeterminación funcional y a su autonomía operativa; la imparcialidad, de su lado, se vincula antes bien a la actitud con la que se juzga: **rectitud, igualdad de tratamiento, justicia y equidad al fallar.**” “Ambos institutos (excusación y recusación) -en realidad, dos caras del mismo fenómeno jurídico: el apartamiento del juez de la causa en relación a su objeto o a sus intervinientes, deben vincularse primordialmente a las garantías del debido proceso, del juez natural y de la defensa en juicio.” “La razón de ser de los institutos que examinamos estriba ante todo en lograr una finalidad institucional: asegurar el "adecuado servicio de la justicia", para utilizar el conocido estándar acuñado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.*

Es dable considerar que al respecto dice el artículo 1 del CPPBA:

*“Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución de la provincia y competentes según sus leyes reglamentarias; ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de este Código; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.*

*Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento.*

*En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado.*

*La inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.”*

#### **IV.- MANIFIESTA:**

Atento a la apelación interpuesta y a la recusación impetrada se solicita la postergación de la audiencia fijada para el día de la fecha, hasta tanto se resuelva.

Asimismo se deja expresa constancia que se apela la resolución del incidente de excarcelación presentado por la Diputada Nacional Claudia Bermazzo con idénticos fundamentos a los planteados en la presentación original.

V.-**PETITORIO:** Por todo lo expuesto de V.S. solicito:

- 1) Se tenga por presentado en tiempo y forma el recurso de apelación.
- 2) Se decrete la NULIDAD del proceso desde su inicio, y se declare el SOBRESIMIENTO DEFINITIVO a favor de Brian Gonzalo Barrera y se disponga la inmediata libertad.
- 3) Cualquiera sea la resolución que se tome en la presente, hacemos reserva de recurrir en casación por haberse violado la Convención de los Derechos del Niño (3, 37, 40 y ss) de raigambre constitucional y el art. 18, 33 y 75 inc 22. de la CN.

Asimismo se hace reserva de caso federal.-

Sírvase V.E. proveer de conformidad,

QUE SERA JUSTICIA.-