



NEUQUÉN, 23 de diciembre del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**V. C. M. A. S/ CURATELA (PENAL)**" (**JNQFA4 EXP 97098/2019**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Contra el pronunciamiento de fecha 3/02/2020 (hojas 43/47) que declara la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal y rechaza el pedido de designación de curador para el Sr. M. A. V. C. apela el Ministerio Público Fiscal.

Expresa sus agravios en hojas 50/54.

En primer lugar señala que la Magistrada declara la inconstitucionalidad de la norma en su totalidad, sin que ninguna de las partes lo hubiera así solicitado, siendo que la Sra. Defensora Pública Civil solamente puso en crisis la segunda parte del artículo.

Citando jurisprudencia de la Corte Suprema, alude a que resulta requisito insoslayable que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad demuestre claramente de qué manera la norma en crisis contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y debiendo probar además que ello ocurre en el caso particular.

En modo subsidiario, para el caso de que no se revoque la resolución cuestionada por causa formal, el apelante expone sus agravios por las declaraciones materiales efectuadas por la Magistrada.

Al respecto, se refiere a la naturaleza de la incapacidad que aqueja al penado, entendiendo que se trata de una incapacidad de hecho que acarrea el encierro. Entiende que tal incapacidad civil es relativa y que solamente comprende la suspensión de la patria potestad (hoy responsabilidad parental) y administración y disposición de bienes mediante



actos entre vivos. Agrega que, los actos jurídicos que realice son nulos pero de nulidad relativa, susceptibles de ser confirmados una vez recuperada la capacidad. Cita jurisprudencia posterior al nuevo CCyC que desestimó la tacha de inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal.

En punto a la suspensión de la responsabilidad parental y de la administración y disposición de bienes a la que refiere la norma, señala que es una medida de carácter tutelar y que, en el supuesto aplicable, el interno necesitaría una representación jurídica obligatoria, cuando se trate del ejercicio de algunos de estos derechos que, por imperio de la ley, le han sido privados hasta el agotamiento de la pena. Agrega que, a los efectos de garantizar tal protección, el juez de ejecución es quien debe disponer lo necesario, dándole intervención al juez con competencia civil (familia) para que designe un curador que represente los intereses del interno en lo que refiere a los derechos de los que ha sido privado. Cita la normativa que entiende aplicable al caso.

Asimismo, cita el art. 702 inc. b) del CCyC que prevé la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental mientras dure el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años, señalando que la suspensión -ya prevista por el régimen anterior- no importa una valoración sancionatoria o de reproche al progenitor, sino que atiende a situaciones fácticas que exigen el dictado de esta limitación, mientras tales causas perduren.

Por último, sostiene que yerra la Magistrada al concluir que la norma del art. 12 del C.P. es violatoria de los derechos de jerarquía constitucional. Reitera el anterior argumento (art. 702 inc. b) del CCyC) y agrega que, la razón de la norma fundada en las limitaciones prácticas que genera la privación de la libertad, para el ejercicio de los deberes



y derechos de la responsabilidad parental, está sustentada a su vez en el interés superior del niño.

Asimismo señala que la figura de la curatela no está reservada exclusivamente para el incapaz, pues el nuevo Código mantiene la figura del "curador a los bienes" en caso de ausencia simple y declaración de fallecimiento presunto. Esgrime que, las funciones del curador del penado son de representación y no de sustitución de voluntad.

Concluye diciendo que, si se declara inconstitucional esta norma, expondremos al penado a mayor riesgo y a una situación francamente gravosa, en tanto, el sistema del nuevo CCyC no prevé sistema alguno para el supuesto del privado de libertad por más de tres años. Así, agrega que, de vaciar al fuero de familia de las obligaciones emanadas del art. 12 del C.P. se empeoraría la situación de la población carcelaria, con el desamparo que conlleva tal decisión.

Sustanciados los agravios, los mismos son contestados en hojas 56/58vta. por la Defensora Pública a cargo de la Defensoría Civil N° 8 -en carácter de Ministerio Público- quien solicita su rechazo.

2. Ahora bien, de la lectura de la presentación que da origen a estas actuaciones, ratificada en el ámbito local, por la Sra. Defensora Dra. Vidal, se desprendería que la funcionaria entiende que no corresponde su intervención, respecto de la promoción de la curatela.

No surge que se haya tomado contacto con el Sr. V. C., ni tampoco, cuál es su situación concreta, ya sea con relación a las condiciones de cumplimiento de la pena, ni tampoco, que se encuentre comprendido en algunas de las situaciones para cuyo ejercicio se requiere contar con la intervención de un curador, en los términos del artículo 12 del Código Penal.

Este contexto de análisis, determina que la declaración de inconstitucionalidad se plantee en un marco



estrictamente abstracto, sin indicación alguna, de cómo -en una determinada circunstancia- la designación de un curador vulnera sus garantías y derechos constitucionales.

2.1. Aquí, debo señalar, tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional.

"Conocida es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia. Por ello debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, motivo por el cual sólo debe ejercerse con sobriedad y prudencia cuando una estricta necesidad lo requiera y la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta, y la incompatibilidad inconciliable (Fallos, 319:3148; 326:3024; 328:1491, entre otros)".

Y, en esta línea, «...el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen. Para ello, es menester que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición, pues "la invocación de agravios meramente conjeturales resulta inhábil para abrir la instancia extraordinaria" (fallos: 297:108; 299:368; 300:869, 1010; 301:866, 1186; 302:1013, 1066).» (Del Dictamen del Procurador General, hecho propio por la Corte en autos "Recurso de Hecho deducido por la demandada en la causa Dirección Nacional de Recaudación Previsional c/La Cantábrica SAMIC" 10/09/1985)..."

"...Es que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto exige que el planteamiento presente un grado de acreditación serio e indubitado, de modo tal que queden



explicitados a partir de las pruebas -rendidas y controladas- los argumentos que dan base a la declaración.

En definitiva, en supuestos como el de autos, la parte interesada debe precisar y acreditar los presupuestos fácticos sobre los que se apoya el planteo de inconstitucionalidad que formula... el control de constitucionalidad no constituye un remedio en el mero interés de la Constitución: Para que pueda tener andamio, es imprescindible la existencia de un perjuicio jurídico concreto derivado de la aplicación del precepto legal tachado de inconstitucional, lo que no ha sido planteado, ni demostrado por el reclamante, ni surge incontrastable de los elementos introducidos y debatidos en la causa.

Debo insistir en que la declaración de inconstitucionalidad de una norma supone siempre que se haya demostrado una vulneración a los derechos del reclamante, de forma tal que el agravio se presente como cierto.

Es que, como ha dicho reiteradamente la CSJN, las declaraciones de inconstitucionalidad no pueden sostenerse en consideraciones dogmáticas; en términos de Lorenzetti, no podrá declararse la inconstitucionalidad si de las constancias de la causa, no surgen elementos que permitan advertir claramente el perjuicio, lo cual solamente surgiría de la demostración que el afectado haga, comparando el resultado final al que se arriba por la aplicación integral de la normativa impugnada, en relación a aquél que arrojaría el mecanismo que se proponga como adecuado (cfr. Fallos 307:531 y 1656, en E 282, XL "Electrodomésticos Aurora")...

4.3. Insisto, entonces, en que lo que resulta sustancial para que sea procedente la descalificación constitucional de una norma es que, en el pleito, quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto, en la medida en que, su aplicación, entraña un desconocimiento o una restricción



manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución. (cfr. Scotti, Héctor Jorge, Los límites a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio, Publicado en: DT 2014 (mayo), 1194 • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (junio), 9)." (ver, entre otros "CALFUEQUE SEBASTIAN JESUS ANDRES C/ PROVINCIA ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", JNQLA6 EXP 510180/2017).

Desde esta perspectiva de abordaje, los términos en los que el planteo ha sido deducido, determinan un obstáculo para su recepción en esta causa.

3. Es que, convalidar lo decidido, sería tanto como pretender una declaración de inconstitucionalidad en abstracto y con pretensión de validez general. Ello escapa a las posibilidades del control difuso.

Aquí, por lo demás, se debe señalar que "la Corte Nacional ha enfatizado el deber de agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad, toda vez que es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (CSJN, Fallos 328:1491, considerando 27 del voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco, en página 1519).

Desde este punto de vista, la reglamentación de los derechos constitucionales debe ser razonable y no debe alterar los mismos, sino conservarlos incólumes y en su integridad sin degradarlos ni extinguirlos en todo o en parte (CSJN, Fallos, 98:20), tal como surge de la letra del art. 28 de la CN que estable el principio de la inalterabilidad de los principios, garantías y derechos reconocidos por la carta fundamental y que, a su vez, origina la denominada máxima de razonabilidad,



como técnica idónea para analizar la inteligencia y congruencia y, por ende, la validez constitucional de la normatividad infraconstitucional (J. V. Sola, "Control Judicial de Constitucionalidad", pp. 547-548, Abeledo-Perrot, 2001)..."

De allí, que "Debe adoptarse en pos de la exégesis razonable de la disposición penal, una hermenéutica que siga el método de la compatibilidad constitucional, el cual presupone que toda interpretación se somete a lo establecido en el bloque federal constitucional, es decir, deberá siempre preferirse la interpretación que sea conforme o más conforme a los instrumentos que integran ese bloque de supralejidad.. Este nuevo paradigma interpretativo, proclama "el principio de interpretación de las leyes de conformidad con la constitución, en su calidad de norma [...] es un imperativo para todos los poderes públicos llamados a aplicar la ley, interpretarla conforme a aquélla, esto es, elegir entre sus posibles sentidos aquel que se más conforme con las normas constitucionales" (Tribunal Constitucional Español, sentencia del 23 de julio de 1981). Por lo tanto, toda labor interpretativa e integradora de la ley, debe hacerse conforme los valores, principios y normas constitucionales. Es la denominada "interpretación conforme" (J. Arce y Flores-Valdés, "El derecho civil constitucional", p. 165, Ed. Civitas, Madrid, 1986).

Este principio interpretativo, también es llamado de "eficacia o efectividad", y "tiende a dirigir y encauzar la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido (A. Pérez Luño, "La interpretación de la Constitución", Revista de las Cortes Generales, tomo I, 1o. cuatrimestre, 1984, Madrid)..." (cfr. Tribunal en lo Criminal N° 4 de Morón, Constitucionalidad de la curatela del penado (art. 12 del



Código Penal), Publicado por Red de Jueces en Jurisprudencia, Novedades Morón, 19 de septiembre de 2016).

3.1. Señalo lo anterior, en tanto no puedo dejar de ponderar que la solución adoptada no acuerda solución a la situación de hecho en la que, efectivamente, se encuentra la persona privada de libertad. Y de allí, que no pueda desconocerse el desamparo que se ocasionaría si no se procurase una solución frente a las reales limitaciones con las que cuenta para ejercer sus derechos, como consecuencia del encierro.

Como indica Tazza, con cita del Procurador General ante la CSJN, el Tribunal que se limita a declarar la inconstitucionalidad del art. 12, no *"...indica de qué modo daría solución a los problemas cotidianos que se presentarían en tales circunstancias, al estar el progenitor privado transitoriamente de su libertad, ni se dispone alguna medida o decisión judicial que pueda atender a dicha situación. Por tales motivos entiende que la decisión así decretada se convierte en un pronunciamiento abstracto desde tal punto de vista, pues se limita a una declaración formal de inconstitucionalidad sin dar solución alguna al supuesto así planteado..."*.

Y concluye más adelante:

"aquellos que ven a esta incapacidad civil como una forma de medida tutelar impuesta en beneficio del condenado se basan fundamentalmente en la misma Exposición de Motivos del Proyecto de 1917, luego seguido por el Código Penal de 1921, cuando aseguraba que esta medida "no tiene objetivo represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad". Esta es en cierto modo la posición mayoritaria en la doctrina, seguida tanto en materia penal por autores de la talla de Soler, Núñez, Creus, y Peco entre otros, y en el ámbito civil por Llambías, Orgaz, Buzo y otros destacados autores.



Más allá de la discusión en torno a la naturaleza jurídica que pudiera ostentar la institución, no nos cabe ninguna duda que la única finalidad que inspira a la norma es dar una adecuada protección al condenado, dotándolo de un curador para la realización de ciertos actos, sin lo cual se vería expuesto a las múltiples dificultades que derivan de ese encierro temporal... En síntesis, de modo alguno puede asegurarse que la disposición del art. 12 del Código Penal sea contraria a garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional o Tratados Internacionales, no pudiendo afirmarse que en tales casos la disposición consagre un trato indigno, cruel o infamante que permita descalificarla por su oposición a tales postulados. La norma no implica privación de derechos, sino una suspensión temporal del ejercicio efectivo para ciertos actos, motivo por el cual se le designa un curador al condenado para garantizarle su representación legal. Se lo dota así de una herramienta necesaria para un mejor ejercicio de aquellas facultades que sigue conservando, aunque restringidas y limitadas en razón a la especial situación en que se encuentra.

Entendemos, con destacados autores, que únicamente podría sostenerse una invalidez constitucional en tal sentido si una norma dispusiera la privación de la capacidad de derecho absoluta, pero no, como en el caso, en donde lo que se restringe es la capacidad de hecho para ejercer ciertos y puntuales actos, quedando subsistente la posibilidad de realización de todos aquellos otros que no estuviesen específicamente contemplados en la inhabilidad así decretada..." (cfr. LA INCAPACIDAD CIVIL DEL CONDENADO, Tazza, Alejandro O. Publicado en: LA LEY 31/07/2017, 10 • LA LEY 2017-D , 414, en comentario al fallo de la CSJN "G. C., C. M. y otro s/ robo con arma de fuego - aptitud disparo no acreditada", CSJ 3341/2015/RH1, del 11 de mayo de 2017).



4. Vuelvo aquí a ideas anteriores en cuanto a la necesidad de efectuar en el caso concreto una interpretación acorde a la Constitución y al fin de protección perseguido por la normativa.

Y, en esta línea, asumiendo que la situación de encierro aísla, al mismo tiempo, se impone reconocer que no debería privársele, a la persona condenada, del derecho a la toma de sus propias decisiones o ser parte de ellas: *"Una propuesta que podría acomodar la situación del penado al nuevo paradigma: consiste en un sistema de apoyos con funciones de asistencia en el cual la persona decida sobre sus aspectos patrimoniales con el asentimiento del apoyo. El sistema de apoyos –a partir de la asistencia del penado– puede integrar con él los actos de contenido patrimonial que fuere necesario realizar sin omitir su voluntad. Esta solución se asimila a la del Código Civil Suizo, la restricción a la capacidad debería mantenerse en el ámbito patrimonial y suplirse por un sistema de asistencia. De este modo se concilia la forma de suplir la restricción a la capacidad del penado, con lo que constituye la regla general en la materia de suplir las restricciones a la capacidad de ejercicio en el nuevo Código: la designación de apoyos con la especificación de las funciones que se les atribuyen..."*. Máxime cuando es posible considerar que *"en casos excepcionales la función de apoyo podrá ser de representación para algún acto determinado (conf. art. 101 inc. c). Tal excepción deberá estar debidamente justificada y establecidas las salvaguardias para que dicha representación sea ejercida de conformidad con las reglas generales previstas en el Cód. Civ. y Com. Las funciones de los apoyos son primordialmente de asistencia: esa es la regla, sin perjuicio de que para determinados actos la sentencia les atribuya funciones de representación..."* (cfr. LA CAPACIDAD DEL PENADO Y SU COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA



MATERIA, Feldman, Paula A. Publicado en: SJA 12/12/2018, 3 • JA 2018-IV).

Pero como se advierte, esto deberá evaluarse a la luz de las concretas circunstancias que se presenten en esta causa, las que no surgen patentizadas a partir del tenor de la presentación que le da origen.

Y, ciertamente, la decisión recurrida, obtura toda posibilidad de adecuación y, en definitiva, de protección de los derechos de la persona que se encuentra privada de su libertad.

Por estas razones -con consideración, además, de la posición que ha asumido la CSJN en la causa citada por el recurrente en su dictamen- estimo que la resolución debe revocarse.

Atento los términos de la resolución que se revoca, las actuaciones deberán pasar a conocimiento del Juez que sigue en orden de turno, a fin de que determine las adecuaciones necesarias a los efectos de la tramitación.

Sin costas de Alzada en atención a la índole de la cuestión planteada y a la forma en que llega a resolución del Tribunal. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

En primer lugar, corresponde señalar que coincido con el voto que antecede respecto a que se solicita la declaración de inconstitucionalidad en abstracto. Ello, dado que la Defensoría no explica ni argumenta, como tampoco se encuentra acreditado en el caso concreto, qué perjuicio concreto le ocasiona al condenado la aplicación de la norma tachada de inconstitucional o facultad se le estaba cercenando en ese momento que ameritara tan extrema decisión, como tampoco se demuestra que esa solución fuera la única forma de garantizar los derechos del Sr. V.. Además, en el caso, resulta aplicable la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.



En punto a lo primero, resulta aplicable lo sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en un caso similar donde expresó que: *"Una atenta lectura de la decisión impugnada, que declara la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, permite advertir que el a quo utilizó la herramienta jurídica más extrema que tenía a su alcance sin brindar fundamentos de suficiente peso jurídicos ni fácticos- que permitieran evidenciar que la medida adoptada era imprescindible en el caso."*

"Resulta importante recordar, antes de ingresar al análisis de lo decidido, que este Superior Tribunal ha reiterado que "la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional al que solo puede recurrirse como última ratio del sistema (Fallos 322:1349)" (Conf. Se. 206/12 STJRNSP, entre otras)."

"Ha explicado además que "no se encuentra en crisis la circunstancia de que cualquier Juez de la República pueda y deba- ejercer el llamado control de constitucionalidad o de convencionalidad de las normas, incluso de oficio, en cada caso concreto en que le corresponda decidir, pero también resulta necesario recordar que toda declaración de inconstitucionalidad de una norma que pudiera surgir luego de efectuado dicho control- debe ir acompañada de una adecuada y exhaustiva fundamentación, que permita descartar previamente todas las interpretaciones posibles de la norma cuestionada que pudieran implicar la compatibilidad de ella con la normativa supralegal y así confirmar su validez. Ello porque tal declaración de inconstitucionalidad resulta «... la `última ratio´ del sistema pues `la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador...´» (Se. 98/03 y Se. 169/03 STJRNSP, entre otras)[...]"

"También ha especificado que se trata de "una herramienta que, por la gravedad institucional que conlleva,



debe ser utilizada por los jueces de modo extremadamente prudente y fundado, por constituir la última ratio del sistema, de modo que no puede ser decretada de manera eventual o abstracta ni con efectos meramente declarativos, sino cuando sea estrictamente necesaria y conducente para la resolución de la injusticia de un caso concreto” (Se. 76/12 STJRNSP).”

“5.2.- Ingresando en el análisis de la resolución impugnada, se advierte, en primer lugar, que el señor Juez de Ejecución no explica ni lo argumenta la defensa y menos aún se encuentra acreditado en el expediente qué perjuicio concreto le estaba ocasionando a la condenada la aplicación de la norma tachada de inconstitucional o qué derecho o facultad se le estaba cercenando en ese momento que ameritara tan extrema decisión; además, no se demuestra que esa solución fuera la única forma de garantizar los derechos de la causante A.L.”

“Así, no existe ningún argumento concreto que tienda a fundamentar tamaña decisión en alguna constancia de la causa, o que vincule los argumentos jurídicos proclamados por el magistrado con lo actuado en el expediente [...]”

“5.3.- Pero la falta de fundamentación demostrada guarda relación con otro aspecto que también evidencia la innecesariedad de acudir a la última ratio del sistema en este caso. Se trata, valga la redundancia, de la inexistencia de un verdadero “caso” o controversia, en el sentido de que ni de lo argumentado en la sentencia ni de las constancias del expediente surge que la aplicación de la norma estuviera obstaculizando directamente el ejercicio de algún derecho a la condenada, que las accesorias dispuestas en esa norma la estuvieran perjudicando de algún modo en ese momento y que por ello el magistrado debiera no solamente intervenir en resguardo de sus derechos, sino hacerlo imprescindiblemente de ese modo para modificar alguna situación violatoria de derechos. Nada se dice en ese sentido ni se desprende de la lectura del incidente de ejecución [...]”



En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad de la referida norma del Código Penal no es necesaria y, además, resulta abstracta, por ausencia de un caso o controversia judicial que pudiera habilitar su excepcional dictado."

"Al respecto, en la Sentencia 76/12 STJRNSP de este Superior Tribunal, con cita de jurisprudencia anterior y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha mencionado que es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones de derechos. También se hizo referencia a que "el meollo de la injusticiabilidad de las cuestiones abstractas radica en varios principios; el primero, que la judicatura sólo administra justicia en causas judiciales; el segundo, que la cuestión abstracta demandaría un pronunciamiento también abstracto, es decir, extraño a un caso real y concreto; el tercero, que las sentencias no pueden ser inoficiosas ni inconducentes; el cuarto, que la pretensión del justiciable que originariamente da sustento a la causa tiene que subsistir al tiempo de resolverla" (conf. Germán J. Bidart Campos, La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, editorial Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 151)."

"En virtud de lo señalado, el señor Juez de Ejecución no estaba habilitado para declarar la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, ya que esa tacha no era necesaria ni conducente para garantizarle a la condenada algún derecho que pudiera habersele restringido, lo cual no fue alegado ni demostrado con arreglo a las constancias del expediente [...]"

"5.5.- Sin perjuicio de que todo lo expuesto es suficiente para revocar la decisión impugnada, lo cierto es que los argumentos sustanciales esbozados tampoco resultan adecuados, pues no demuestran en absoluto de qué manera las accesorias contempladas en el artículo en cuestión podrían resultar contrarias a los derechos de jerarquía constitucional



que se invocan genéricamente en la sentencia”, (del voto del Dr. Barotto en “INCIDENTE REC. DE CASACIÓN DE LA DRA. LAURA PÉREZ C / RESOLUCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 12 CP EN EXPTE 727-JE10-11 N 'L., A.M. S / EJECUCIÓN DE PENA' S/ CASACION”, 26448/13, SENTENCIA: 140 - 07/10/2013 - DEFINITIVA).

En segundo lugar, corresponde aplicar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que: “Que tal como lo ha afirmado el recurrente, los argumentos esgrimidos por el a quo en modo alguno logran poner de manifiesto que las consecuencias legales impuestas a los condenados a penas privativas de la libertad superiores a tres años puedan ser calificadas como un trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre. Aun si se deja de lado la discusión de derecho común relativa a si la accesoria impugnada constituye una “pena” en sentido estricto o una mera “consecuencia” de carácter tutelar que acompaña a las penas más graves, las razones dadas por el sentenciante para calificar a la injerencia en cuestión como “indigna” no resultan convincentes. Antes bien, ellas se apoyan solo en valoraciones particulares de los magistrados que divergen de las que fueran plasmadas por el legislador en la normativa en examen. De este modo, el a quo se ha apartado del criterio constante de este Tribunal, de conformidad con el cual la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros).”



"7°) Que en esta misma dirección, la decisión apelada pone en cuestión los criterios de política criminal y penitenciaria establecidos por el legislador sin aportar una justificación convincente con relación a su incompatibilidad con la Constitución Nacional. En este sentido, corresponde recordar que la ley 24.660, de "Ejecución de la pena privativa de la libertad", tuvo como uno de sus objetivos primordiales adecuar la legislación penitenciaria a los nuevos estándares en materia de derechos de los penados, tal como lo señaló este Tribunal entre otros, en Fallos: 327:388 (conf. esp. considerando 17 del voto mayoritario). Dentro de este esquema, a partir de dicha ley, no solo no surge objeción alguna con relación al artículo 12 del Código Penal, sino que en ella explícitamente se reglamentó cómo debía proveerse a la representación del condenado en los términos de dicha regla (conf. loc. cit. artículo 170). Asimismo, y con el claro objetivo de evitar que la consecuencia examinada pudiera obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, la ley referida ordena que las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal queden "suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional o la libertad asistida" (conf. loc. cit. artículo 220)."

"8°) Que en consonancia con lo señalado por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte en su dictamen, aun cuando al momento del dictado de la sentencia sub examine el Código Civil y Comercial de la Nación todavía no había entrado en vigencia, resulta oportuno destacar que el texto del nuevo ordenamiento civil revela la subsistencia de la decisión legislativa en favor de asignar efectos a la regla del artículo 12 del Código Penal. Así, al regular las restricciones al ejercicio de los derechos y deberes del progenitor condenado, la nueva normativa sustituye el artículo 309 del código civil derogado, y establece, en análogo



sentido, que "El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure (...) b) el plazo de la condena a reclusión o prisión por más de tres años (...)" (conf. artículo 702 inc. b, Código Civil y Comercial de la Nación)."

"Del mismo modo, en lo atinente a las restricciones a la capacidad para la administración de los bienes, si se tiene en cuenta que el nuevo marco normativo les ha asignado un carácter estrictamente excepcional (conf., especialmente, artículos 31 y sgtes. del Código Civil y Comercial de la Nación), difícilmente pueda sostenerse la argumentación de la cámara con relación al carácter cruel, indigno o infamante de la curatela a la que queda sujeto el penado."

"9°) Que, por lo demás, no puede perderse de vista que la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño (conf. los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, punto I, "Aspectos valorativos": "Constitucionalización del derecho privado")."

"10) Que por las consideraciones expuestas el pronunciamiento que declara la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del artículo 12 del Código Penal se apoya en fundamentos aparentes y no constituye derivación razonada del derecho vigente y, en consecuencia, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia." (Fallos 340:669).

Por lo expuesto, resulta procedente el recurso de apelación y corresponde revocar la decisión recurrida.



Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I, POR MAYORIA**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia, revocar el pronunciamiento de fecha 3/02/2020 (hojas 43/47).

2.- Sin costas de Alzada en atención a la índole de la cuestión planteada y a la forma en que llega a resolución del Tribunal.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen, debiendo intervenir el/la Juez/a que sigue en orden de turno.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA