



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

REGISTRO N° 1343/2015.4

///la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de JULIO del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario Actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 426/443 vta. de la presente causa N° CCC 27069/2013/TO1/CFC1 del Registro de esta Sala, caratulada: **“PONCE PAUCAR, Johny César y DE LOS SANTOS YAÑEZ, Richard s/recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad, con fecha 6 de mayo de 2014, en la causa N° 4215 de su Registro, condenó a Johny César Ponce Paucar a la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por haberlo encontrado autor del delito de robo agravado por haberse cometido mediante el uso de arma de fuego, en concurso real con portación ilegal de arma de uso civil (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 55, 166 inc. 2°, segundo párrafo, 189 bis inc. 2°, tercer párrafo y concordantes del Código Penal y arts. 398, 399, 400, 401, 530, 531 y cc. Del Código Procesal Penal de la Nación). Asimismo, resolvió condenar a Richard De los Santos Yanes, a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por haberlo hallado autor del delito de robo agravado por haberse cometido mediante el uso de un arma de fuego (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 166 inc. 2°, segundo párrafo y concordantes del Código Penal y arts. 398, 399, 400, 401, 530, 531 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación) -cfr. fs. 391 y vta, cuyos fundamentos luce glosados a fs. 392/405 vta.-

II. Que contra dicha decisión dedujeron recursos de casación el doctor Jorge Daniel Damonte, en representación de Johny César Ponce Paucar (fs. 412/421) y la señora Defensora Pública Oficial Adjunta, doctora Cecilia Verónica Durand, en representación de Richard de los Santos Yañez (fs. 426/443

vta.), los que fueron concedidos (fs. 444/445) y mantenidos en esta instancia (fs. 452 y fs. 455)

III. Que la Defensa Particular de Johny César Ponce Paucar entendió que el tribunal a quo habría incurrido en un "error in iudicando" (art. 456 inc. 1° del C.P.P.N), puesto que a su entender la calificación legal que se le atribuye es errónea. Ello así, toda vez que -a su parecer- debió haberse tipificado la conducta de su pupilo como robo agravado en grado de tentativa, en concurso ideal con portación ilegal de arma de uso civil (fs. 415), Asimismo, afirmó que la graduación de la punición realizada por el tribunal de mérito carece de adecuada motivación y concluyó que la sentencia condenatoria es arbitraria (arts. 123, 404 inc. 2° y 456 inc. 2° del C.P.P.N.).

De otra parte, la señora Defensora Pública Oficial, doctora Cecilia Verónica Durand asistiendo a Richard de los Santos Yañez expresó los siguientes agravios, a saber:

a) sostuvo que en la sentencia cuestionada se verificaría un "error in procedendo" (arts. 3, 404 inc. 2° y 456 inc. 2° del C.P.P.N.), toda vez que "...el descargo efectuado por mi defendido no fue desvirtuado por las declaraciones testimoniales ni por la restante prueba incorporada durante el debate, al menos con el grado de certeza que requiere una sentencia condenatoria; contrariamente, esas testimoniales permiten corroborar la versión de De los Santos Yañez..." (fs. 434). Así las cosas, petitionó su absolución y la anulación de la sentencia condenatoria a su respecto por resultar arbitraria.

b) subsidiariamente, alegó que en la decisión atacada se incurrió en una "...errónea aplicación de la ley sustantiva, en cuanto a la calificación legal y el grado de consumación que se han asignado al hecho, y a la participación que se ha atribuido a mi asistido...", puesto que -a su parecer- "...el hecho debía encuadrarse en la figura de robo simple -art. 164 del C.P.-, que quedó en grado de conato -arts. 42 y 44 del C.P.- y que la participación de mi asistido en el hecho, a todo evento, resulta secundaria -art. 46 y conchs. del C.P..." (fs. 426 vta.). Agregando, que atento lo expuesto "...la pena



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

que debía imponerse a mi pupilo debía ser sensiblemente inferior a la de SIETE AÑOS de prisión que en definitiva le fuera impuesta, en virtud de la nueva escala penal de aplicación, en suspenso, por aplicación del art. 26 del C.P..." (fs. 426 vta.). Por último, destacó que debía casarse la sentencia "...en tanto el monto de la pena impuesta a mi asistido resulta arbitraria, por carencia de motivación y fundamentación, la cual resulta excesiva y desproporcionada, solicitando se le imponga en definitiva, el mínimo legal de aplicación..." (fs. 426 vta.).

IV. Que durante el término de oficina previsto en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 se presentó a fs. 459/466 la señora Defensora Pública Oficial, doctora Mercedes García Fagés quien -en lo sustancial- amplió los fundamentos expuestos por la asistencia técnica oficial ante la instancia de grado y planteó como nuevo agravio la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal. Ello así, en tanto "...transgrede el derecho que protege a la integridad personal y a la dignidad inherente al ser humano (arts. 10 del P.I.D.C.P; 5.6 de la C.A.D.H., 19 y 75.22 de la C.N. Además, vulnera el principio de culpabilidad..." (fs. 464). Es decir, que persigue la declaración de inconstitucionalidad de la incapacidad civil accesoria dispuesta en el art. 12 del código sustantivo.

V. Que superada la etapa procesal prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. fs. 471) la señora asistente técnica oficial de Richard de los Santos Yañez presentó a fs. 469/470 una breve nota, en la que puntualizó que se habría vulnerado el principio "in dubio pro reo" y en forma subsidiaria, que su pupilo habría actuado en los hechos pesquisados como partícipe secundario. Finalmente, quedaron las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos.

El doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

1°) Que los recursos impetrados resultan formalmente admisibles a la luz de lo previsto en los arts. 438, 456, 457 y 463 del C.P.P.N., por lo que ello impone que me aboque a su tratamiento.

2°) Que, previo a todo análisis, cabe puntualizar que el alcance de la revisión que corresponde a esta Cámara respecto de una sentencia de condena (art. 8.2.h. de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.Y.P.), se encuentra delimitado por los lineamientos esbozados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación "in re" "Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-", Recurso de hecho, C. 1757. XL.

En dicho precedente, el Alto Tribunal destacó que "... la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo al tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme las posibilidades y particulares de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho..." (considerando 32). Agregando, que "...en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas..." (considerando 34).

De otra parte, considero adecuado adelantar que habré de pronunciarme acerca de los agravios expuestos por las respectivas defensas que estime conducentes y relevantes para la decisión del caso, con sujeción a la jurisprudencia que desde antaño ha venido elaborando nuestro Cívero Tribunal sobre este punto.

3°) Que en forma previa a todo análisis, cabe consignar que en tanto el tribunal de mérito tuvo por acreditados los hechos imputados en la requisitoria Fiscal a



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

fs. 193/198 vta., creo oportuno transcribirlos para una mejor comprensión del caso.

"...a) Se les imputa a Johny César Ponce Paucar y Richard De los Santos Yañes el hecho delictivo acontecido el día 28 de mayo del año en curso, cuando promediaban las 21:15 hs, ocasión en la que el primero de éstos interceptó a Luciana Soledad Fernández en la calle Vuelta de Obligado, a pocos metros de su cruce con Virrey del Pino de esta ciudad, y mediante la utilización de una pistola calibre 22 posteriormente secuestrada, le sustrajo su teléfono celular marca "LG", modelo "Optimus 660" de propiedad de su madre, Silvia Liliana González, tras lo cual se marchó a bordo de una motocicleta conducida por el último de los nombrados.

Concretamente, la damnificada fue sorprendida mientras caminaba por la primera arteria mencionada en dirección a la parada del colectivo que tomaría para regresar a su hogar mientras hablaba por su celular, cuando escuchó una frenada de una motocicleta detrás suyo e instantes después fue sorpresivamente abordada por Ponce Paucar, quien la apuntó con el arma de fuego mencionada y le refirió 'damé lo que tenés', logrando así despojarla de su aparato de telefonía, luego de lo cual oyó nuevamente el sonido de una moto.

Inmediatamente después, la víctima recorrió una cuadra y al llegar a la intersección de Virrey del Pino y Arcos dio aviso de lo ocurrido a un patrullero policial, siendo que algunos minutos más tarde, alrededor de las 21:27 hs, sobrevino un accidente vehicular entre una motocicleta marca 'Zanella' sin dominio colocado y un rodado Ford Ka, patente JA0-588, a la altura 5400 de la Avda. del Libertador, a raíz del cual se vio impedida la fuga de los incusos, quienes fueron demorados por las autoridades policiales que arribaron al sitio en cuestión y determinaron que podrían tratarse de los sujetos respecto de los cuales se había irradiado alerta por el ilícito que damnificara a Fernández de acuerdo a las características físicas dadas por ésta respecto de uno de ellos, así como del objeto del delito.

Transcurridos algunos momentos, la damnificada fue trasladada en un móvil policial hasta el lugar en que se había producido el accidente y, una vez allí, reconoció a Ponce Paucar como el individuo que previamente le había sustraído su celular, precediéndose consecuentemente a formalizar la detención de éste y de su consorte de causa, y secuestrándose del primero de ellos el aparato en cuestión, así como otros celulares -de procedencia desconocida- y documentación varia a nombre de Lucas Kreder, a quien le había sido robada la jornada anterior en jurisdicción bonaerense, entre otros documentos.

Asimismo, a pocos metros del lugar en que se produjo la aprehensión de los endilgados, se incautó una pistola calibre 22, N° de serie 145.349, con munición colocada en la recámara y cargador inserto llevando cuatro municiones.

b) Por otro lado, se atribuye a Johny César Ponce Paucar haber portado en su poder, sin la debida autorización legal y en condiciones inmediatas de su uso, la pistola calibre 22 que fue secuestrada..”.

4-a) Recurso de casación deducido por la defensa particular de Johny César Ponce Paucar.

En relación al agravio dirigido a cuestionar la calificación legal elegida por el tribunal de mérito, debo responder, que desde mi personal perspectiva el robo con armas que se le achaca a Ponce Paucar sin hesitación ha superado el grado de conato.

Ello así, toda vez que -como bien lo señala el juez preopinante a fs. 402 con argumentos que hago míos- “...el hecho se consumó, puesto que por varios minutos y varias cuadras, el objeto sustraído quedó fuera de la esfera de custodia de su propietaria, sin que en ese lapso se haya verificado un supuesto de custodia ficta que permitiera sostener que había quedado en grado de conato; no hubo una persecución permanente, sino que, por la utilización de la motocicleta, los imputados lograron huir rápidamente del lugar. Y si fueron detenidos a las pocas cuadras, fue porque, fortuitamente, chocaron con la moto justo enfrente de una comisión policial que realizaba un control vehicular y



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

porque, también casualmente la damnificada encontró a pocos metros del lugar del hecho un móvil policial a cuyos integrantes avisó lo que le había pasado. Es claro, a mi modo de ver, que desde la comisión del hecho y la aprehensión transcurrió un lapso suficiente para sostener que los encausados tuvieron poder de disposición sobre el objeto mal habido...".

De otra parte, más allá de lo expresado en el párrafo precedente y contrariamente a lo sostenido por los jueces que conforman la mayoría entiendo que -en este caso en particular- los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego y de portación de arma de uso civil, no conforman un concurso ideal -art. 54 C.P.- como lo propugna la defensa particular, sino un concurso aparente de tipos penales (arts. 166 inciso 2°, segundo párrafo y 189 bis, inciso 2°, tercer párrafo, del Código Penal).

Y así lo es, toda vez que desde mi personal perspectiva no se ha podido acreditar que el imputado haya tenido la posesión del arma en cuestión -pistola calibre 22 secuestrada en autos, en forma previa o posterior al hecho de marras hasta el momento en que fue detenido.

Así las cosas, cabe concluir que nos encontramos ante un acontecimiento que constituye una sola conducta, presentándose entre los delitos en cuestión un concurso aparente de tipos penales, en donde el robo agravado por el empleo de un arma de fuego desplaza a la portación ilegítima del arma de uso civil, verificándose entre ambas figuras una relación de consunción. Es por ello, que a mi entender la portación ilegítima del arma de fuego es complementaria del robo calificado por su utilización, tipo penal éste ya previsto por el legislador como agravado.

Sobre este tema en particular, he tenido oportunidad de expedirme "in extenso" en ocasión de votar en la causa N° 12.227 "Berubena, Ezequiel Humberto s/recurso de casación", reg. 602/12 de esta Sala IV C.F.C.P., rta. El 18 de abril de 2012, a cuyos fundamentos y conclusiones me remito brevitatis causa.

Por lo expuesto, con el objeto de asegurar el derecho que asiste a todo imputado a la doble instancia judicial (arts. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), entiendo que sobre este punto deben remitirse las presentes actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que se fije una nueva pena al imputado Ponce Paucar con sujeción a la forma concursal que postulo, en orden a los hechos individualizados como a) y b).

Por último, cabe destacar que la forma en que propicio que se decida el remedio casatorio deducido por la defensa particular me exime de efectuar alguna consideración, en orden a la alegada falta de motivación de la dosimetría de la punición realizada por el tribunal de mérito.

4-b) Recurso de casación interpuesto por la defensa publica oficial de Richard de los Santos Yañez.

En orden al agravio defensorista según el cual el tribunal oral no habría podido desvirtuar el descargo efectuado por el imputado, cabe contestar que del modo en que la impugnante ha deducido su agravio sólo pone de resalto su mera discrepancia con la forma en que el tribunal oral sentenciante dentro del ámbito de sus facultades discrecionales y en el marco de la inmediación existente en el debate, valoró la totalidad de la prueba producida, fijó la plataforma fáctica y arribó fundadamente a la calificación legal por la que fue condenado su asistido.

En esta misma línea de pensamiento, corresponde destacar que resultan contestes y concluyentes las declaraciones testimoniales del Ayudante Maximiliano Pablo Reverendo (quien se encontraba realizando control de automotores en la intersección de las calles Virrey del Pino y Arcos), el testimonio del Cabo Primero Cristian Alberto Bustos (quien estaba efectuando control vehicular en Av. Del Libertador y Virrey Loreto), la declaración del Agente Ramón Esteban Ramos (quien se hallaba realizando control vehicular junto al Cabo Primero Bustos sobre Av. Del Libertador), los dichos del Cabo Juan Ramón Palacios (quien se acercó al lugar del accidente dada su ocasionar cercanía con el mismo a



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

prestar colaboración a los preventores actuantes), el testimonio del Subinspector David Daniel Pintos (quien fue desplazado por el Comando Radioeléctrico al lugar del accidente), la declaración de Sergio Andrés Rodríguez (quien fuera embestido por la moto en la que huían los cacos) y especialmente, la declaración de la víctima Luciana Soledad Fernández (fs. 13/4 y 114 y vta.) que fuera incorporada por lectura al debate, quien realizó un detalle pormenorizado de cómo sucedieron los hechos aquí investigados. Es por eso, que la solicitud de la defensa estadual de que se aplique el "favor rei" resulta a todas luces infundada (art. 3 del C.P.P.N.) y contraria a las concordantes probanzas agregadas a la causa.

Es decir, que sólo se contraponen con toda la prueba colectada en autos los dichos del imputado, los que sólo ponen en evidencia un mero intento de mejorar su situación procesal en estas actuaciones y esta circunstancia permite destruir su estado de inocencia.

Con relación al grado de consumación que tuvieron los hechos pesquisados me remito al considerando 4-a) de este voto, en el que fijé mi postura acerca de por qué el delito superó la etapa de la tentativa (art. 42 del C.P.).

Respecto al motivo casatorio dirigido a cuestionar la subsunción típica de la conducta de De los Santos Yañez en la figura del robo agravado y a su grado de participación en el mismo, cuadra responder, en primer término, que examinadas las declaraciones testimoniales supra referenciadas, el acta de secuestro del arma de fs. 7 y el informe pericial de fs. 94 y vta., surge a las claras que la pistola secuestrada fue utilizada por Ponce Paucar para consumir el delito de robo por el que fue condenado, debiendo descartarse la existencia de un robo simple (art. 164 C.P.) tal como lo pretende la defensa estadual.

En segundo lugar, a mi entender se encuentra debidamente acreditado que el imputado De los Santos Yañez tuvo un claro codominio del hecho que se le atribuyó lo que, me lleva descartar que haya actuado como un partícipe secundario (art. 46 del C.P.), tal como lo pretende la

defensa estadual. Es que, luego de un análisis pormenorizado de cómo sucedieron las circunstancias fácticas achacadas al imputado y valoradas las probanzas colectadas con sujeción a las reglas de la sana crítica racional (art. 398 del C.P.P.N.) y las máximas de la experiencia, no puedo sino concluir que los dos imputados actuaron cada uno dentro del ámbito de actuación que les cupo dentro de la división de tareas efectuada según el plan común que previamente idearon.

En este orden de ideas, debo destacar que con sujeción a la "teoría del dominio del hecho" seguida por el a quo en la sentencia, "...lo que caracteriza a un autor es que tiene el dominio del hecho, entendido como la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del delito. Consecuentemente, define al partícipe como toda persona que realiza un aporte, sin tener ese poder decisorio..." (cfr. Righi, Esteban; "Derecho Penal-Parte General"; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 378). Como adelanté, entiendo que el proceder del imputado se inscribe en la primera de las hipótesis, es decir, como coautor de los hechos de marras.

En relación a la supuesta arbitrariedad en la motivación de la punición achacada a De los Santos Yañez, es dable contestar que debe rechazarse de plano. Ello así, en primer lugar, debido a que la fundamentación efectuada por el tribunal a quo se ajusta a la escala penal prevista en el tipo previsto en el art. 166 inc. 2º, segundo párrafo, del código sustantivo -de seis años y ocho meses de prisión a veinte años de prisión-. En segundo término, porque comparto la motivación efectuada por los doctores Anzoátegui y Magariños que los llevó a apartarse del mínimo legal. En este sentido, dichos magistrados valoraron como pautas agravantes: la nocturnidad que generó un mayor grado de indefensión de la víctima, la gravedad del hecho, la pluralidad de autores que dio a la acción delictiva un nivel de eficacia mayor y la utilización de munición de punta hueca la cual puso a la damnificada en un grado de riesgo vital, debido a su mayor potencialidad dañosa en el cuerpo de la víctima. Por otro lado, merituaron como atenuantes la favorable condición



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

personal del imputado y el hecho de que careciera de antecedentes condenatorios.

Es por eso, que resulta ajustado a derecho aplicarle una pena de 7 años de prisión, la cual supera sólo en 4 meses el mínimo legal correspondiente (cfr. art. 166 inc. 2°, segundo párrafo, del código sustantivo, el que -según señalé- posee una escala penal de seis años y ocho meses a veinte años de prisión).

De otra parte, en contestación a los motivos introducidos por la defensa oficial de Richard de los Santos Yañez a fs. 469/470, corresponde responder que respecto a su participación en los hechos de marras me remito a lo reseñado supra. En este mismo sentido, en orden a la supuesta violación al principio "in dubio pro reo", debo señalar que la mera alegación de que dicha garantía constitucional ha sido conculcada no habilita "per se" una cuestión federal que permita la inspección casatoria. Sin perjuicio de ello, al igual que respecto del otro agravio esgrimido me remito a la argumentación realizada sobre el particular en los párrafos que anteceden, luego de la cual concluí que en el silogismo sentencial no se verificó ninguna vulneración al "favor rei".

En respuesta al planteo efectuado por la defensa estadual en el término de oficina, dirigido a demostrar la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, segunda y tercera disposición, del Código Penal, he tenido oportunidad de expedirme en forma afirmativa "in extenso" "in re" "González, Mario Alfredo s/recurso de casación", causa N° 1198/2013, reg. N° 1862.14.4, rta. el 15 de septiembre de 2014.

En dicho precedente, textualmente expresé que "...Dicha norma, establece que "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. **Importan además la privación mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por**

el Código Civil para los incapaces". -el destacado me pertenece y constituye la parte del artículo que considero inconstitucional-

Con este objetivo, habré de efectuar la siguientes consideraciones, a saber:

a) Que el origen de esta norma se encuentra en el art. 101 del código Tejedor que estipulaba que la pena de presidio conllevaba la inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más. En el código de 1886 se conservó la sanción en el inc 1° del art. 63 intercalando la frase "y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos". **Las fuentes de dicha normativa se remontan a la muerte civil** que estaba prevista en el libro 2°, título 18 de la Partida Cuarta, el art. 18 del código francés (texto según reforma del año 1832), el art. 16 del código napolitano, el art. 53 del código español del año 1822 y el art. 7 del código de Baviera. Finalmente, cabe destacar que Tejedor siguió sobre este punto al código español del año 1850, cuyo art. 52 había atenuado la muerte civil. (cfr. acerca de la evolución histórica de este instituto, Zaffaroni, Raúl Eugenio, et.al., "Derecho Penal- Parte General" y sus citas, 2 da edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 981)-el destacado en negrita me pertenece-.

b) Que nuestra Corte Federal tiene dicho que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas tienen -en principio- presunción de validez, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de los tribunales de justicia constituye un acto de suma gravedad que ha sido considerado desde antaño como "última ratio" del orden jurídico, debiendo ejercerse dicha facultad con carácter restrictivo y sólo cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, incompatible e inconciliable con ésta (Fallos: 306:325, entre muchos otros).

En este mismo orden de ideas, nuestro más Alto Tribunal ha decidido que las leyes deben interpretarse y aplicarse procurando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan de tal manera que no entren en pugna unas con otras y no se



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

destruyan entre sí, por lo que debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos: 307:519, entre muchos otros).

c) Sentadas dichas pautas interpretativas y luego de un examen integral de la normativa en juego, entiendo que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal por ser incompatible no sólo con nuestra Carta Fundamental, sino también con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que conforman el denominado bloque de constitucionalidad federal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Es así que, debo adelantar que desde mi personal perspectiva la norma en cuestión implica que bajo una mirada eminentemente paternalista el legislador impuso solapadamente una verdadera sanción de naturaleza retributiva y no una mera consecuencia del encierro, la cual no se compadece con los postulados del Estado social y democrático de derecho que emerge de nuestra Ley Suprema.

Ello así, toda vez que el rol del Estado dentro de nuestra arquitectura constitucional debe ser de carácter fraterno y no paternalista -como el de la norma en examen-, debiendo ser especialmente cuidadoso de no inmiscuirse dentro del ámbito de autonomía personal de cada individuo que se encuentra protegido constitucionalmente (art. 19 de la Constitución Nacional).

Asimismo, no puede soslayarse el impacto que sobre nuestro derecho interno han tenido los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos a que hace referencia el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, lo cual ha traído como consecuencia no sólo la expresa previsión de algunos derechos y garantías que antes en forma general y algo confusa se los encasillaba como "derecho implícitos" en el art. 33 de nuestra Carta Magna, sino también una verdadera ampliación del catálogo de derechos y garantías mínimas que rigen en materia penal (cfr. a modo de ejemplo, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es decir, que advierto que la existencia de estos nuevos paradigmas en materia de derechos humanos necesariamente repercuten en nuestro derecho penal doméstico y me llevan a realizar un análisis del art. 12 del código de fondo que resulte ajustado a los mismos.

d) A esta altura de mi voto, debo adelantar que desde mi óptica personal el art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, debe ser declarado inconstitucional por no ser respetuoso de nuestra Constitución Nacional, ni de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos constitucionalizados (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En primer lugar, habré de referirme a **la privación del ejercicio de la patria potestad** que según la norma debe imponerse a los condenados que se encuentren privados de su libertad por más de tres años, como consecuencia de la imposición de la inhabilitación absoluta prevista en el art. 12 del código sustantivo.

Sobre este particular, observo que esta parte de la norma conlleva a un innecesario agravamiento de la pena impuesta por resultar indigna, inhumana y degradante. Además, produce efectos claramente estigmatizantes y contrarios a la resocialización del condenado, dándose de bruces con la voluntad del constituyente de garantizar una protección integral de la familia como pilar básico de nuestra sociedad política (art. 14 bis, última parte, de la Constitución Nacional). Es que, impedir a una persona privada de su libertad por más de tres años de su derecho de decidir acerca de la crianza de sus hijos, resulta contrario al tratamiento humanitario y al respeto a la dignidad humana que deben observarse durante la ejecución de la pena (arts. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles).

La norma en examen, tampoco resulta compatible con el deber que incumbe a los padres respecto de sus hijos menores y es por ello que, el Estado debe proporcionar los medios para que los progenitores puedan cumplir con dicha responsabilidad legal a fin de otorgar a los menores un nivel



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17.1 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Asimismo, el art. 12 del código sustantivo debe ser analizado a la luz del objetivo previsto en el art. 3.1 "in fine" de la Convención de los Derechos del Niño que postula que en las decisiones en materia minoril debe atenderse siempre al "interés superior del niño" (cfr. sobre este último punto, Báez, Julio C., "El artículo 12 del Código Penal y la Constitución Nacional", Revista de Derecho Penal y Criminología, año IV, número 5, junio 2014, pág.109 y sigtes).

Sobre este tópico, no puede pasarse por alto que la pena posee carácter personal y privar a un condenado del ejercicio de la patria potestad implica hacer trascender los efectos de la punición de los padres a los hijos al encontrarse impedido alguno de sus progenitores o ambos de poder elegir como debe ser su crianza de acuerdo al proyecto de vida elegido por ellos (cfr. art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así las cosas, la mera circunstancia de que una persona condenada se encuentre privada de su libertad no le impide como padre ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, no sólo sobre la persona de sus hijos, sino también sobre sus bienes, ello en orden a su protección en general y a su educación, todo ello mientras éstos continúen siendo menores y no se hayan emancipado (art. 265 del Código Civil).

Sin perjuicio de todo lo reseñado, a mi entender el único caso en que la norma cobra virtualidad es cuando los hijos menores de edad hayan sido sujetos pasivos de una acción delictiva por alguno de los padres (cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, ob. cit. supra, pág. 986).

En segundo término, en orden a la privación mientras dure la pena **de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos**, también adelanto que ello resulta contrario a nuestra Ley Fundamental. Y así lo es, en virtud de que dicha interdicción implica lisa y llanamente la eliminación de la voluntad del sujeto penado, quedando prácticamente equiparado a los efectos legales con la categoría jurídica de los sordomudos o de los dementes, siendo ello evidentemente frustratorio de un razonable ejercicio de su derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Además, eventualmente podría darse la incongruencia de que "...el condenado acceda a la libertad condicional y siga inhabilitado al no haber expirado el tiempo de la condena..." (cfr. Báez, Julio C., "Los condenados penales y la administración de sus bienes, en Guersi, Carlos- Weigarten Celia (directores).El derecho de propiedad. Un tratamiento transversal", Nova Tesis, Buenos Aires, 2008, págs. 115/117).

En conclusión, el art. 12 del código de fondo también atenta contra la dignidad de las personas en cuanto tales y trae como consecuencia al igual que la otra sanción- inhabilitación mencionada un efecto estigmatizante. mortificante y contrario a la resocialización que vulnera el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 18 de la Constitución Nacional). Ello así, toda vez que colocar a una persona detenida bajo el régimen de la curatela de la legislación civil, privándolo de la administración de sus bienes y de disponer de ellos por acto entre vivos, resulta una norma de neto carácter ilegítimo y autoritario que violenta el techo ideológico de nuestra Constitución Nacional, el cual posee indubitable naturaleza humanitaria.

El único caso en que cobraría relevancia esta pena accesoria sería el resultante de una real incapacidad del penado para ejercer la administración de sus bienes, con el consiguiente perjuicio que para el patrimonio de éste o el de su grupo familiar ello podría traer aparejado.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

En esta misma línea de pensamiento, creo imprescindible puntualizar que teniendo en cuenta el Estado social y democrático de derecho que estructura nuestra Carta Fundamental y los Pactos Internacionales supra mencionados, el art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal debe ser declarado inconstitucional, ya que de no ser así dejaríamos vigente **-más allá de los dos casos de excepción destacados-** una norma que se asemeja a una suerte de "muerte civil morigerada", que a su vez produce una mortificación innecesaria al penado y que afecta no sólo sus eventuales actividades comerciales, sino se contrapone con la estabilidad que deben tener los lazos familiares y con la protección del interés superior de los niños...".

En este sentido, entiendo que la declaración de inconstitucionalidad pretendida debe ser extendida al imputado Ponce Paucar, no sólo con sustento en lo establecido en el art. 441, primer párrafo, del C.P.P.N., sino también porque de no procederse así en el supuesto caso de que el condenado tuviese en algún momento de su detención que ejercer alguno de los derechos civiles que la norma expresamente lo inhabilita a realizar, la respuesta jurisdiccional sería necesariamente tardía.

Como colofón, cabe puntualizar que los agravios de la impugnante -salvo el relativo a la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P.- sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos: 304:415, entre otros), decisión que cuenta con los fundamentos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 300:92, entre otros). Es por ello, que desde mi personal perspectiva el pronunciamiento en relación a De los Santos Yañez atacado constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa con sujeción a los parámetros establecidos por nuestro más Alto Tribunal sobre este particular (Fallos: 311:948, entre otros).

Por todo lo expuesto, propicio al Acuerdo: **I) HACER LUGAR** al recurso de casación deducido a fs. 412/421 por el doctor Jorge Daniel Damonte, en representación de Johny César

Ponce Paucar, en lo relativo a la forma concursal por la que fue condenado oportunamente y **RECHAZARLO** en relación a los demás agravios planteados, **SIN COSTAS** (arts. 470, 471 "a contrario sensu", 530 y 531 -segunda parte- del C.P.P.N.), **II) HACER LUGAR** al planteo de invalidez constitucional del art. 12, segunda y tercera disposición del Código Penal, deducido por la señora Defensora Oficial "ad hoc" ante esta Cámara, doctora Mercedes García Fagés en representación de Richard de los Santos Yañez, **SIN COSTAS, DECLARAR** la inconstitucionalidad de la norma referida, y en consecuencia, **CASAR** la resolución impugnada, debiendo la declaración hacerse extensiva al coimputado Johny César Ponce Paucar (art. 441, primer párrafo, del C.P. y arts. 470, 530 y 532 del C.P.P.N. y art. 22 inc. d) de la ley 27.149), **III) RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 426/443 vta. por la señora Defensora Pública Oficial de Richard de los Santos Yañez, doctora Cecilia V. Durand, en orden a los demás agravios introducidos por dicha parte, **SIN COSTAS** (arts. 470 y 471 "a contrario sensu", 530 y 532 del C.P.P.N y art. 14 "in fine" de la ley 24.946), **IV) TENER PRESENTE** la reserva del caso federal efectuada por ambas defensas **V) REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que proceda con sujeción a los parámetros aquí establecidos.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. Que por compartir, en lo sustancial, las consideraciones efectuadas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Juan Carlos Gemignani, adhiero a su voto en lo atinente al rechazo de los agravios planteados en los recursos de casación presentados por las defensas de los imputados.

Sin perjuicio de ello, disiento con mi distinguido colega en cuanto al tratamiento de la relación concursal que une a los delitos de robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego (art. 166, inc. 2º, párrafo segundo C.P.) y portación ilegítima de arma de uso civil (art. 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo del C.P.) con respecto al imputado Johny



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

César Ponce Paucar; y en lo relativo a la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P.

II. Respecto a la relación concursal entre los delitos por los cuáles Johny César Ponce Paucar fue condenado -robo calificado por su comisión con arma de fuego y portación ilegal de arma de uso civil (arts. 166, inc. 2º, segundo párrafo y 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo del Código Penal)-, habré de corroborar la postura fijada por el "a quo".

Al respecto, entiendo que entre los delitos mencionados en el párrafo precedente puede presentarse un concurso bajo la forma ideal o real, según las particulares circunstancias de cada caso, (arts. 54 y 55 C.P., respectivamente), conforme el criterio sustentado por esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal -por mayoría- en las causas Nros. 12.347 "Moral Mendoza, José A. s/recurso de casación" (reg. 1356/12, rta. 14/8/12), 14.506 "Torre, Paulo Ezequiel y otro s/recurso de casación" (reg. 1676/12, rta. 18/9/12) y por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Nro. 1231 "Del Valle Bustamante, Cristian Arnaldo y otros s/recurso de casación" (reg. 1906/14, rta. 23/09/14) -entre otras- de aplicación al caso de autos "mutatis mutandi".

En el concreto supuesto bajo examen, se demostró debidamente que, una vez consumado el robo, el encartado continuó en posesión del arma de fuego que posteriormente se secuestró.

En efecto, tal como señaló el señor Fiscal General a fs. 387vta., el imputado no sólo utilizó el arma de fuego para desapoderar del teléfono celular a la víctima, sino que hasta doce minutos después de finalizado el hecho, cuando fue descubierto y detenido, mantuvo la portación de esa arma, de la cual se desprendió recién después de la colisión de la moto en que viajaba, arrojándola en una zona próxima.

En síntesis, el cuadro fáctico probado tras el debate en el particular caso en estudio permite escindir la portación del arma mencionada como hecho autónomo del delito de robo con armas que se le atribuyó a Johny César Ponce

Paucar. Por ende, nos encontramos ante acontecimientos que constituyen distintas conductas, donde los delitos en juego concurren de modo real (art. 55 del C.P.), conforme lo entendió correctamente el tribunal de juicio.

III. Sentado ello, resta por tratar la mensuración de la pena efectuada en la sentencia impugnada y cuestionada por la defensa de Johny Ponce Paucar, que no fue evaluada en el voto precedente atento la solución allí propiciada.

Concretamente, la recurrente indicó que en la sentencia impugnada no se explicó debidamente el apartamiento del mínimo legal y que *“la mera descripción o enunciación de los mismos no satisface el requisito de fundamentación”*.

A fin de abordar el agravio de la defensa, cabe recordar que la determinación de la pena es la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas del delito que se tuvo por probado en el caso concreto, según la clase, gravedad y forma de ejecución del hecho que lo lleva a elegir entre la pluralidad de penas previstas legalmente, de acuerdo con la culpabilidad o el grado del injusto demostrado por el autor, fijados de acuerdo con los lineamientos establecidos en los arts. 40 y 41 del C.P.

De lo hasta aquí señalado, en la tarea de individualizar la pena en el caso concreto, no resultan posibles *“en modo alguno un modelo de precisión matemática ni, menos aún, de aplicación mecánica. Frente a pretensiones de esta naturaleza se ha sostenido que la dogmática de la cuantificación de la pena nunca logrará eliminar el problema del criterio judicial”* (ZAFFARONI, Raúl E., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Ediar, Bs. As., 2000, pág. 950).

Conforme este marco, es necesario precisar que, para graduar las sanciones a imponer, el “a quo” consideró que el hecho investigado reviste gravedad *“por haber sido cometido en la vía pública, contra una mujer que esperaba el colectivo en horas nocturnas”*. También tomó en consideración *“los medios utilizados, una motocicleta para darse rápidamente a la fuga y su planificación”* (Cfr. fs. 402vta.).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

Como atenuantes, indicó que *“no se produjeron daños materiales ya que se recuperó el teléfono celular sustraído”* (Cfr. fs. 402vta.).

El tribunal de la instancia anterior también evaluó la situación personal del imputado Ponce Paucar, que individualizó, así como el hecho de que no registra antecedentes penales.

A ello se aunó que en el voto de la mayoría se agregó que en el hecho intervinieron dos personas y que parte de las municiones con que estaba cargada el arma eran de punta hueca (Cfr. fs. 403vta. y 404vta.).

Conforme lo expuesto, además de las particularidades del imputado, los magistrados del tribunal de juicio ponderaron conforme a derecho las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las que Ponce Paucar se valió para la comisión del ilícito.

Por ello, las generales manifestaciones de la impugnante con relación a la falta de fundamentación de la pena impuesta a Ponce Paucar no logran contrarrestar las fundadas razones del “a quo” para apartarse del mínimo de la escala penal prevista para los delitos aplicables al caso.

En virtud de lo indicado, considerando la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad exhibido por el imputado, debidamente evaluados en el “sub examine”, advierto que la recurrente no ha logrado demostrar que en la sentencia puesta en crisis hayan existido vicios en la evaluación de las pautas de mensuración de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

En dicho orden de ideas, debe considerarse la escala penal atribuida a los delitos por los que resultó condenado Johny César Ponce Paucar, que va de seis (6) años y ocho (8) meses de prisión a veinticuatro (24) años de prisión. Por ello, en consideración a la escala penal individualizada “ut supra” y a las fundadas pautas mensurativas tenidas en cuenta por el “a quo” conforme lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del C.P. que fueron reseñadas, resulta ajustadas a derecho la pena a la que fue condenado el nombrado.

IV. Finalmente, con respecto a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P., efectuada por la defensa de Richard de los Santos Yanes en el término de oficina (Cfr. fs. 459/466) cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como la última *ratio* del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta e incompatiblemente inconciliable, sin que exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, sino a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 311:394; 312:122, 435, 1437, 1681, 2315; 314:407; 315:923; 316:779, 2624; 319:3148; 321:441; 322:842; entre muchos otros).

Lo expuesto lleva aparejada, a su vez, la exigencia de que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma demuestre claramente de qué manera ésta contraviene a la Constitución Nacional (C.S.J.N., Fallos: 307:1983), exigencia que no ha sido cumplida por la defensa en su presentación.

En efecto, en el "sub lite" no se aprecia, ni la recurrente demostrar en esta instancia, que las inhabilitaciones que impugna, derivadas de la condena que fue impuesta al nombrado, le acarreen un perjuicio concreto que afecte garantías constitucionales, a los efectos de demostrar el interés actual que sustenta su agravio. Dicho extremo sella negativamente la suerte del planteo (Cfr. lo expuesto, en lo pertinente y aplicable, por el suscripto en las causas N° 15.530 "Frencini, Jaquelina Vanesa s/ recurso de casación", reg. N° 1652/2013, rta. el 12/9/2013; N° 14.534 "Sarmiento, Alexis Gabriel y otros s/ recurso de casación", reg. N° 2055/2013, rta. el 22/10/2013; N° 935/2013 "Contreras, Luis Denis s/recurso de casación", reg. N° 1022/2014, rta. el 30/5/2014, de esta Sala IV de la C.F.C.P., entre otros).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

En consecuencia, corresponde rechazar la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. solicitada por la defensa en sus breves notas.

V. Por ello, propicio al Acuerdo:

I. Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Johny César Ponce Paucar y de Richard de los Santos Yanes, sin costas en esta instancia (Arts. 530 y 531 "in fine" del C.P.P.N.).

II. Tener presentes las reservas del caso federal.

El señor juez **Gustavo M. Hornos** dijo:

I. En primer lugar, en relación al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Johny César PONCE PAUCAR habré de adherir al voto que me antecede en el presente acuerdo.

En la presentación casatoria, la defensa ha cuestionado la forma concursal aplicada. Alega, en forma sustancial, que corresponde aplicar las reglas del concurso ideal por existir "...una unidad de determinación y conducta...". Asimismo el voto que lidera el acuerdo ha señalado que nos encontramos ante un concurso aparente de tipos penales.

En relación a la modalidad concursal entre el delito de robo agravado y el delito de portación ilegítima de arma de uso civil, no coincido ni con lo postulado en el sufragio que lidera el acuerdo, ni con lo pretendido por la defensa, pues entiendo que se verifica en el sub examen un supuesto de concurso real entre ambas figuras, razón por la cual adhiero a la solución propuesta por el doctor Borinsky, en cuanto a que la subsunción típica del evento seleccionada por el juzgador debe ser confirmada.

En efecto, conforme la descripción que integra la plataforma fáctica definida en la anterior instancia -no controvertida por las partes-, el despojo tuvo lugar el día 28 de mayo del año 2013, cuando promediaban las 21:15 hs. ocasión en la que PONCE PAUCAR interceptó a Luciana Soledad Fernández en la calle Vuelta de Obligado, a pocos metros de su cruce con Virrey del Pino de esta Ciudad, " (...) y mediante la utilización de una pistola calibre 22 posteriormente secuestrada, le sustrajo su teléfono celular marca "LG",

modelo "optimus 660" de propiedad de su madre, Silvia Liliana González, tras lo cual se marchó a bordo de una motocicleta conducida por el último de los nombrados... Inmediatamente después, la víctima recorrió una cuadra y al llegar a la intersección de Virrey del Pino y Arcos y dio aviso de lo ocurrido a un patrullero policial, siendo que algunos minutos más tarde, alrededor de las 21:27 hs., sobrevino un accidente vehicular entre una motocicleta marca "Zanella" sin dominio colocado y un rodado Ford Ka, patente JA0.588, a la altura 5400 de la Avda. del Libertador, a raíz del cual se vió impedida la fuga de los incurso (...). Asimismo a pocos metros del lugar en que se produjo la aprehensión de los endilgados, se incautó una pistola calibre 22 N° de serie 145.349, con munición colocada en la recámara y cargador inserto llevando cuatro municiones." (fs. 392 vta./393).

En tales condiciones, encuentro que el factum descripto guarda sustancial analogía con el que fuera objeto de inspección en la causa nro. 8940 "Rodríguez Sisti, Marcelo Adrián s/recurso de casación", registro nro. 12.464 del 16/10/09, con la excepción de que en el caso en autos el arma en cuestión es de uso civil, por lo que sería aplicable lo dispuesto en el inc. 2º tercer párrafo del artículo 189 bis del Código Penal.

En dicho precedente tuve oportunidad de señalar que el delito de tenencia de arma constituye un delito de peligro abstracto y permanente; que éste y el robo protegen bienes jurídicos diferentes y que tienen además diferentes momentos de consumación puesto que el robo protege la propiedad y se trata de un delito instantáneo que se consuma en el momento en que se completa el desapoderamiento de la cosa, mientras que el tipo penal previsto por el art. 189 bis del C.P. protege la seguridad común y constituye un delito permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo y se verifica con la sola acción de tener el arma sin autorización, cualesquiera hubieren sido las motivaciones del agente y con independencia de su empleo. Características a partir de las cuales se descartó la existencia de concurso aparente entre ambas figuras (conf. de esta Sala IV, causa Nro. 790,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

“SALAZAR, Ramón Félix y SALAZAR, Gaspar Omar s/recurso de casación”, Reg. Nro. 1131, rta. el 20/2/98; causa Nro. 1229, “ROJO, Horacio Adolfo s/recurso de casación”, Reg. Nro. 2066, rta. el 17/9/99 y causa Nro. 2093, “ANZANI, Daniel Alejandro s/recurso de casación”, Reg. Nro. 3195, rta. el 9/3/01).

Asimismo, sostuve primero en el precedente “ALDERA, Yamil s/recurso de casación” y luego en “CLAUS, Rubén Adrián y otro s/recurso de casación” -ponencia a la que adherí- (de esta Sala IV, Causa Nro. 3170, rta. el 30/09/02, Reg. Nro. 4302 y Causa Nro. 4533, rta. el 25/04/05, Reg. Nro. 6525, respectivamente), que si bien por las características antes apuntadas el injusto contenido en el art. 189 bis, se ha enlazado generalmente en forma real con el robo agravado por el uso de armas, tal como lo resolviera esta Sala en el precedente “ROJO”, ya citado (criterio aplicable respecto de los supuestos previstos en el vigente art. 189 bis, apartado segundo, párrafos primero a cuarto -texto según ley 25.886-), no se puede establecer una regla válida para todos los supuestos fácticos que puedan presentarse, pues la procedencia del concurso real o ideal entre ambas figuras dependerá de que las conductas a juzgar se desarrollen con una unidad de tiempo y lugar que los presente como un hecho en los términos del artículo 54 del Código Penal o que configuren dos hechos independientes, aún cuando se superpongan temporalmente en forma parcial, casos en los que entonces sí sería aplicable el artículo 55 de dicho ordenamiento sustantivo.

En el mismo orden de ideas, señalé in re “Ramos, Jonatan Daniel s/recurso de casación”, registro de la Sala III nro. 372.03.3 del 30/6/03, que concurre materialmente el robo agravado por el uso de armas y la tenencia ilegítima de arma de guerra en tanto se tuvo por probado que el imputado la tenía al ingresar a la vivienda siniestrada y que además se retiró del lugar con el revólver en su poder disparando sobre un policía durante su persecución. Este accionar no constituyó un solo hecho, lo cual habría ocurrido si el mismo hubiese traducido una unidad de tiempo y lugar de ejecución que, conceptualmente los presentase como una sola y misma

conducta, ni produjo una sola modificación en el mundo exterior. En el caso medió solución de continuidad entre las acciones, quedando las conductas descriptas desvinculadas suficientemente, constituyendo acciones diferentes objetiva y subjetivamente y por lo tanto hechos independientes.

Dicha doctrina me lleva a concordar con la calificación otorgada al hecho en este aspecto por el a quo en la sentencia ahora impugnada, por cuanto del estudio del hecho juzgado se desprende que el actuar desplegado por los encausados respecto del robo con armas y la portación del arma sin autorización por parte de PONCE PAUCAR no constituyó un solo hecho, pues su accionar no se tradujo en una unidad de tiempo y lugar que conceptualmente los presente como una misma conducta, que produjo una modificación en el mundo exterior.

En efecto, en el fallo en crisis se tuvo por probada la portación del arma de guerra no sólo en el lugar del atraco, sino también luego durante el trayecto que emprendieron hasta que se produjo la coalición por la que fueron detenidos.

De modo tal que la portación de del arma endilgada no quedó temporal y materialmente circunscripta al lugar y tiempo exclusivo en que se perpetró el desapoderamiento, en virtud de lo cual las reglas del concurso real resultaron correctamente aplicadas al caso (art. 54 del C.P.).

Sentado cuanto precede respecto del monto de pena aplicado respecto de PONCE PAUCAR, habré de adherir también a la solución propuesta por el doctor Borinsky en cuanto corresponde la pena de siete años y seis meses que le fuera impuesta por el Tribunal de origen. Esto es así, toda vez que resulta ajustada a derecho, y se encuentra debidamente fundada por el "a quo", en virtud de los agravantes y atenuantes analizados al momento de fijarla y ponderados en el voto que antecede.

II. Ahora bien, en relación al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a Richard DE LOS SANTOS YANES, habré de señalar que la sentencia recurrida, en lo relativo a la ponderación de las



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

pruebas, a la acreditación de la consumación del hecho juzgado, al grado de participación atribuido al encausado y la consecuente subsunción legal atribuida (robo agravado por haberse cometido con un arma de fuego -art. 166 inc. 2º-) así como también al monto de la pena impuesta se encuentra correctamente fundada y no presenta fisuras de logicidad en su razonamiento.

Es que las conclusiones a las que se arriba en el fallo constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula la defensa logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404, inc. 2º del C.P.P.N.), quedando también desvirtuado el agravio realtivo a la supuesta arbitrariedad del resolutorio puesto en crisis.

En consecuencia, adhiero a la propuesta del colega que lidera el acuerdo, que cuenta con la adhesión del voto que antecede, en cuanto corresponde rechazar el recurso interpuesto. Sin embargo en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., la Defensa Pública Oficial ante esta instancia, asistiendo a DE LOS SANTOS YAÑEZ, introdujo un nuevo motivo de agravio que corresponde tratar.

III. La Defensa Pública Oficial plantea la inconstitucionalidad del Art. 12 del Código Penal en tanto "... transgrede el derecho que protege la integridad personal y la dignidad inherente al ser humano" con cita en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5.6 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Al respecto en sus votos, el doctor Gemignani hace lugar al planteo defensorista y el doctor Borinsky lo rechaza.

Sentado esto corresponde definir la cuestión y a fin de analizar la constitucionalidad del art. 12 del C.P. procuraré una interpretación de dimensión sustancial, que tenga en cuenta el conjunto de derechos y valores vigentes en la actualidad, la evolución y el cambio de paradigma operado

en materia de derechos de las personas privadas de su libertad, así como el desarrollo y especificación de las garantías y derechos reconocidos por la reforma de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

En primer lugar, creo conveniente recordar que las personas privadas de su libertad son sujetos de derecho y conservan todos los derechos que no fueran afectados por la sentencia de condena o por la ley o reglamentaciones que en consecuencia se dicten (principio constitucional de legalidad, art. 18 C.N.).

En un Estado de Derecho, su poder se encuentra limitado por las normas jurídicas sin que subsista razón para alterar este principio en el caso de las personas sometidas a una medida privativa de la libertad.

En este sentido, se ha afirmado que *“El ingreso a una prisión (...) no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional”* (cfr. Fallos: 318:1894, considerando 9º del voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano).

Nuestro más alto Tribunal ha dicho que *“Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad”* (Fallos: 313:1262, disidencia del juez Fayt) y que *“... toda situación de privación de libertad impone al juez o funcionario que la autorice el deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados por la medida de que se trate...”* (Fallos: 322:2735).

Es que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, amparada no sólo por el art. 18 de la C.N. sino también por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.) tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - art. XXV -, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - art. 10 -, la Convención Americana sobre Derechos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

Humanos - art. 5 - y reconocida en documentos internacionales orientadores, como los "Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos", adoptados por la Asamblea General de la Naciones Unidas (Resolución 45/11 del 14 de noviembre de 1990 - Principio 24 -) y las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente (Resolución 663C y 2076 del Consejo Económico y Social - arts. 22 a 26 -).

Asimismo, se afirmó que *"Los prisioneros son, no obstante ello, "personas" titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso..."* (318:1894).

También señaló nuestro Máximo Tribunal que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales cuya restricción no derive necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216).

Es que el Estado asume una posición de garante respecto de las personas privadas de su libertad -en virtud de la especial relación de sujeción- en la que debe asegurar y respetar los derechos humanos básicos y fundamentales.

En tal sentido, se ha afirmado que *"el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y que como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas... para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y readaptación social de los condenados"* (CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA, Ser. L-V-II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párrafo 8).

Sabido es que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75, inc. 22) no son absolutos y en tal

sentido, se encuentran sujetos a las reglamentaciones establecidas por la ley.

Sin embargo, esa reglamentación debe realizarse conforme lo prescripto en el art. 28 de la Constitución Nacional en cuanto establece que *“Los principios, garantías y derechos reconocidos... no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”* (art. 28 de la C.N.).

En particular, el alcance de la facultad del Estado de limitar derechos fundamentales reconocidos a las personas privadas de su libertad cuando éstos se contraponen con intereses estatales ha sido objeto de tratamiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso en el que se analizaba la legitimidad del Estado para requisar a las mujeres que concurrían a visitar a una persona privada de libertad en un establecimiento carcelario.

La Comisión IDH estableció que *“... hay ciertos aspectos de la vida de las personas, especialmente ciertos atributos inviolables de la persona humana que están más allá de la esfera de la acción del Estado y no puede ser legítimamente menoscabados”* (Informe 38/96, Caso 10.506 “Arenas” o “X e Y”, del 15 de octubre de 1996).

Allí, la Comisión IDH fijó estándares a partir de los cuales es posible extraer criterios útiles para determinar el alcance de la facultad estatal para limitar los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.

Así, luego de establecer que toda restricción del Estado a los derechos reconocidos por la Convención debe surgir de una ley emitida por el Poder Legislativo (principio de legalidad), exigió que esa restricción a un derecho fuera razonable y proporcional al interés que la justifica.

En lo que al examen del principio de razonabilidad respecta, la Comisión estableció que la *“... restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo”* y que *“La razonabilidad y proporcionalidad de una medida se puede determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico”* (Caso “Arenas” o “X e Y”).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

Debo destacar, haciendo un alto en el desarrollo precedente, que tal como he señalado al expedirme en la causa n° 14.116 caratulada "Betolli, José Tadeo Luis y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 16.491.13.4, rta. el día 10/09/2013, entre otras, la reforma constitucional de 1994 incluyó - con esa jerarquía - a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, de la C.N.) "en las condiciones de su vigencia", es decir, teniendo en cuenta las recomendaciones y decisiones de órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias (cfr. C.S.J.N.: causa "Girolodi", Fallos: 318:514, considerando 11; Fallos: 319:1840, considerando 8; Fallos: 327:3312, considerando 11).

Esta postura ha sido aplicada en numerosas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. "Simón", Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, Fallos: 315:1492; 318:514; 321:2031; 323:4008).

Incluso en el último tiempo, nuestra Corte local ha tenido oportunidad de expedirse puntualmente sobre el valor interpretativo de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "C. 568. XLIV y C. 594. XLIV. Recursos de Hecho Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut" (sentencia del 6 de agosto de 2013) en el que sus integrantes han profundizado el examen sobre el valor e incuestionable relevancia que cabe asignarle a los informes finales de la Comisión I.D.H. emitidos en razón del artículo 51 de la CADH.

La trascendencia de la interpretación de la Comisión Interamericana respecto de la Convención ha sido, también, reconocida en el plano internacional. Así, con referencia al valor de los informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

ha considerado que: "... la Comisión... es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (caso Loayza Tamayo, supra 50, párrafos 80 y 81)". Ello, pese a reconocer que "... de acuerdo con el criterio ya establecido (Caso Loayza Tamayo, supra 50, párrafo 82)... la infracción del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo" - (Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia sobre el fondo del 24 de enero de 1998, párrafo 108).

En el precedente al que se remite, (Loayza Tamayo), la Corte IDH, también había establecido que "... en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículo 52 y 111)" - caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia sobre el fondo del 17 de septiembre de 1997, párrafo 80 -.

Entonces, la medida que limita un derecho debe ajustarse a lo estrictamente necesario para el logro del objetivo que justificó la restricción, y en tal sentido, debe ser absolutamente necesaria a ese efecto; por otro lado no debe existir otra posibilidad de obtenerlo con una restricción menor de derechos.

Es decir que las restricciones a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales deben provenir de una ley, en sentido formal,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

y además esa reglamentación debe ser razonable y necesaria, conforme los estándares internacionales reseñados.

A partir de un detenido análisis de la norma del art. 12 del C.P. advierto que la suspensión de la privación de la patria potestad y de la administración y disposición de los bienes por actos entre vivos, con el consiguiente sometimiento impuesto por el Estado a la curatela por el tiempo que dure la condena, se traduce en una limitación o restricción de derechos que se presenta anacrónica frente a una realidad carcelaria que se encuentra en apertura gradual y transformación desde los puntos de vista político, social y, en particular, tecnológico y comunicacional.

En tal sentido, la original finalidad tutelar que se afirma respecto de la disposición contenida en la segunda y tercera disposición del art. 12 del Código Penal ya no puede ser considerada un fin razonable para restringir el ejercicio de la patria potestad y de la administración y disposición de los bienes por actos entre vivos.

En efecto, la suspensión del derecho de ejercer la patria potestad genera en una reducción en los vínculos y lazos del condenado con el medio libre, ocasionando perjuicios adicionales que dificultan el regreso al medio libre y afectan, de ese modo, el principio resocializador de la ejecución de la pena.

Que similar afección resulta de la restricción al derecho de administración y disposición de los bienes por actos entre vivos, que importa también un agravamiento de la pena que no parece compatible con los principios de rango constitucional analizados. Los mencionados derechos gozan de protección dentro del plexo de derechos y garantías que integran el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22 C.N.) los derechos civiles que reconocen y amparan los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, los que se alinean con los garantizados por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -arts. XVII y XXIII-, la Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 17, ptos. 1 y 2-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 21, ptos. 1 y 2 y el Pacto Internacional de los Derechos

Económicos, Sociales y Culturales -arts. 3 y 4-; referidos a la libre disposición de la propiedad privada, y al derecho de servirse de los bienes y gozarlos conforme a un ejercicio regular; el que no puede ser alterado arbitrariamente (art. 28 C.N.).

En este sentido, la doctrina judicial vigente y la legislación moderna procuran el fortalecimiento paulatino de esos vínculos ya sean familiares, sociales o laborales.

A tal punto, se ha considerado que su impedimento puede constituir un agravamiento de las condiciones de detención (cfr. en tal sentido causas n° 592/13 caratulada "Lefipán, Walter Roberto s/ recurso de casación", Reg. Nro. 1397/13, rta. del 9/08/2013 y n° FBB 4214/2014/2/1/CFC2 "Cuenca, José María y otro", Reg. N° 1608/2014.4, del 15/8/14, entre muchos).

Se ha dicho que *"... el ideal resocializador como su finalidad, exige que se oriente la ejecución de las medidas de encierro en forma tal que el encierro carcelario provoque la menor cantidad posible de efectos nocivos a la persona privada de su libertad"* (Salt, Marcos G.: Los derechos de los reclusos en Argentina en Rivera Beiras/Salt "Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 187).

El derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853 - art. 18 C.N., *"[l]as cárceles de la Nación será sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice"*-, sino que tiene su origen en el derecho romano y fue recibido en el derecho patrio por vía de las Partidas de Alfonso el Sabio (LEVAGGI, Abelardo, Análisis histórico de la cláusula sobre cárceles de la Constitución, L.L. 8/10/2002 -Suplemento de la Universidad del Salvador -, p. 1). La ley de Partidas declara: *"la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados"
(Partida Séptima, Título XXXI, Ley IV,).

El art. 18 de la Constitución de 1853 recoge de manera sustancialmente idéntica el texto del art. 170 de la Constitución de 1826, que a su vez reproducía el texto del art. CXVII de la Constitución de 1819, la que a su vez tenía su fuente en el art. 6 del Decreto de Seguridad Individual de 23 de noviembre de 1811, cuyo texto declaraba *"Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que à pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente"*.

Así, el constituyente estableció de manera expresa el principio de humanidad en la ejecución de las medidas privativas de la libertad que debe regir como pauta de orientación de toda la actividad de los órganos estatales que intervienen en la Ejecución, y ese principio tiene consecuencias prácticas, pues impone al Estado la obligación de brindar a las personas que priva de libertad determinadas condiciones de trato que, de no cumplirse, tornan al encierro ilegítimo.

En este contexto, debe resaltarse el fuerte impacto que en las fuentes del derecho argentino y en la evolución del pensamiento jurídico sobre el tópico tuvo la reforma constitucional de 1994 que incrementó el ámbito de regulación de las condiciones de la ejecución de la pena privativa de la libertad y de la situación jurídica de las personas privadas de libertad con la incorporación al texto de los pactos internacionales de derecho humanos a los que otorgó jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Estos tratados amplían el conjunto de garantías procesales y profundizan el alcance de los derechos relativos al debido proceso legal contenido de la cláusula del art 18: derecho a condiciones carcelarias adecuadas y dignas, expresado en las normas referidas al derecho a un trato digno (arts. 5.2. CADH, 7 PIDCyP, art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); prohibición de la imposición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 5 CADH, 7 PIDCyP, 2

de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes).

Por su parte, el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *“Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano”* y que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”* (art. 10.3). En idéntico sentido, el art. 5 de la C.A.D.H. establece que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”*.

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos establecen en su apartado 60 que: *“El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona”*.

Corresponde destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *“Verbitsky”*, antes citado, estableció que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

En este sentido se ha dicho que *“...entendemos que las normas que consagran al ideal resocializador como fin de la ejecución de las penas deben ser interpretadas de conformidad con los principios y los límites del derecho penal del Estado de derecho, conforme al modelo de intervención penal que surge de una interpretación sistemática de las normas constitucionales y de los pactos internacionales de derechos humanos. Así, el ideal resocializador erigido como fin de la ejecución sólo puede significar una obligación impuesta al Estado (“derecho”, por lo tanto, de las personas privadas de libertad) de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar la libertad... De esta manera, el*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

fin de resocialización, como derecho de las personas privadas de libertad frente al Estado, no puede ser utilizado jamás para restringir o limitar un derecho o facultad de las personas privadas de su libertad. Antes bien, con esta concepción, el principio de resocialización influye positivamente en los distintos aspectos del régimen penitenciario y actúa como criterio de interpretación en el sentido de que sea más favorable para el cumplimiento de la obligación del Estado de favorecer las posibilidades de los internos de desarrollar una vida normal” (Salt, Marcos G., ob. cit., p. 177).

Se trata de la Humanización del Poder.

En tal sentido, se debe garantizar que la persona condenada mantenga sus relaciones con el mundo exterior en la mayor extensión posible, asegurando el ejercicio de los derechos y obligaciones, inherentes al ser humano. Para ello, se le deben otorgar herramientas que permitan cumplir con el ideal resocializador de la ejecución de la pena y no restringir sus derechos.

Así, advierto que la norma del art. 12 del C.P. afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto lo sitúan en plano de desigualdad con respecto a los demás sujetos de derecho, impidiéndole cumplir adecuadamente con las obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por actos entre vivos, sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela. Ello, genera un efecto estigmatizante, apartado de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Los contactos con el mundo exterior y el mantenimiento y fortalecimiento de las relaciones familiares se vislumbran como una de las principales formas de cumplir con la resocialización de los condenados.

Por otro lado, el carácter genérico de la norma y su aplicación automática en tanto y en cuanto se constate una situación objetiva, esto es: la imposición de una condena

superior a los tres años, impide u obstaculiza una reflexión particular del caso que permita evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que en el caso su aplicación concreta pudiera generar.

A su vez, la referida normativa -que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbito ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusiva índole moralista, infantilizante y paternalista, contrario al Estado de Derecho.

La norma prevista en el art. 12 del C.P. también menoscaba el principio de intrascendencia de la pena establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H. que expresa: *“La pena no puede trascender a la persona del delincuente”*.

Es que la pena tiene carácter personal y, en tal sentido, es que se prohíbe que sus consecuencias se trasladen a otras personas ajenas al sistema penal.

De acuerdo con el principio enunciado, entiendo que las incapacidades civiles impuestas por el art. 12 del C.P. en cuanto suspenden el ejercicio de los derechos y deberes emergentes de la patria potestad hacen extensible las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el entorno familiar en tanto impide que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan.

En esta inteligencia, resulta destacable que el Estado tiene el deber de proteger a la familia (art. 14 bis, C.N., y art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), pues aquella es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, mediante la adopción de medidas apropiadas para otorgar plena efectividad a ese derecho.

Además, la privación del ejercicio de los derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos para su protección y formación integral en razón de la patria potestad (art. 264 del Código



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

Civil) menoscaba el interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el que ha sido definido como el que se funda en “la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances y de la Convención sobre los Derechos del Niño” (cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002).

En idéntico sentido, la ley 26.061 reconoce el interés superior del niño, niña y adolescente como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías, estableciendo específicamente que dicho principio rige en materia de patria potestad.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *“(1) a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamadas al juzgamiento de los casos, incluyendo obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales”* (Fallos: 324:975).

En este sentido, las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos debe ceñirse al interés superior del niño, a fin de otorgarle efectividad a los derechos reconocidos por la Convención referida.

Asimismo, los pactos internacionales de derechos humanos imponen que los Estados adopten –como deber positivo– políticas destinadas a asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos allí reconocidos.

En dicha inteligencia, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado que la plena vigencia de los derechos de los niños requiere no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las

circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto implica la adopción de medidas de carácter económico, social y cultural, entre otras, y en igual medida, el resguardo del rol preponderante de la familia en la protección del niño mediante el arbitrio de medios que promuevan la unidad familiar.

En el sentido que aquí se viene discutiendo una posible y eventual excepción por aplicación del principio general podría darse cuando el efectivo ejercicio de esa patria potestad se presentara como una afectación siquiera posible de ese interés superior del niño, cuya protección se erige como eje central del análisis.

Por todo lo expuesto, advierto que la norma contenida en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P. viola los principios de resocialización de la ejecución de la pena, el principio de intrascendencia de la pena, el principio de razonabilidad y el interés superior del niño, y, por ello, corresponde declarar su inconstitucionalidad.

Establecida la inconstitucionalidad del Art. 12 segunda y tercera disposición del Código Penal, corresponde declararla también, de oficio, respecto del coimputado Johny César PONCE PAUCAR.

IV.- Por las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo: **I. RECHAZAR** los recursos de casación interpuestos a fs. 412/421 por la defensa particular de Johny César PONCE PAUCAR y a fs. 426/443 vta. por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a Richard DE LOS SANTOS YAÑEZ. **SIN COSTAS** en la instancia por haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (art. 8.2 h de la C.A.D.H. y 530 y 531 "in fine" del Código Procesal Penal de la Nación). **II. HACER LUGAR** al agravio introducido por la Defensa Pública Oficial ante esta instancia asistiendo a Richard DE LOS SANTOS YAÑEZ. a fs. 459/466, **DECLARANDO** la **INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, declarándola también, de oficio, respecto de Johny César PONCE PAUCAR y en consecuencia, dejar sin efecto las condenas dictadas en cuanto a la imposición de las accesorias legales



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 27069/2013/TO1/CFC1

dispuestas en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P. **III. TENER PRESENTE** la reserva del caso federal efectuada en ambos recursos.

En mérito al resultado habido en el acuerdo que antecede, **por mayoría**, el Tribunal **RESUELVE**:

I. RECHAZAR los recursos de casación interpuestos a fs. 412/421 por la defensa particular de Johny César PONCE PAUCAR y a fs. 426/443 vta. por la Defensa Pública Oficial, asistiendo a Richard DE LOS SANTOS YAÑEZ, **SIN COSTAS** (arts. 530 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación).

II. HACER LUGAR al agravio introducido por la Defensa Pública Oficial ante esta instancia asistiendo a Richard DE LOS SANTOS YAÑEZ a fs. 459/466, **DECLARANDO** la **INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, declarándola también respecto de Johny César PONCE PAUCAR y en consecuencia, dejar sin efecto las condenas dictadas en cuanto a la imposición de las accesorias legales dispuestas en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P., **SIN COSTAS** (arts. 530 y sigtes del Código Procesal Penal de la Nación).

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada por ambas defensas.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, comuníquese (Acordada 15/13 de la C.S.J.N. y Lex 100). Remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí: