



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/T01/CFC1

REGISTRO N° 1956/15.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 2 (dos) días del mes de octubre 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. 599/614 vta. de la presente causa Nro. CCC 49867/2009/T01/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "**NIEVA, Luis Antonio Marcelo s/ recurso de casación**"; de la que **RESULTA**:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 12 de la Capital Federal, en la causa Nro. 4096 de su registro interno, con fecha 23 de junio de 2014 -cuyos fundamentos fueron leídos el día 30 de junio de ese mismo año- resolvió en lo que aquí interesa: "**I.- CONDENAR a LUIS ANTONIO MARCELO NIEVA, de las condiciones personales antes descriptas, A LA PENA DE CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y LAS COSTAS DEL PROCESO, por resultar coautor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y con la intervención de un menor de 18 años (artículos 12, 29 inc. 3º, 41 quater, 45, 167 inciso 2º del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal de la Nación)**" -confr. fs. 585/586-.

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación a fs. 599/614 vta., el señor Defensor Público Oficial a cargo de la Defensoría N° 13 ante los Tribunales Orales en lo Criminal, doctor Jorge L. Falco, asistiendo a Luis Antonio Marcelo Nieva, el que fue concedido a fs. 615/616 y mantenido a fs. 619 por la señora Defensora *ad hoc* de la Defensoría Pública Oficial Nro. 2 ante esta Cámara, doctora María Florencia Lago.

III. Que el recurrente encarriló sus agravios en orden a ambos motivos previstos en el art. 456 del C.P.P.N.

Así, discurrió fundadamente acerca de los requisitos de procedencia del remedio intentado y los antecedentes del

caso y, a continuación, subdividió su pretensión en cuatro ejes argumentativos, a saber:

a. Arbitrariedad en el juicio de reproche formulado a Nieva por falta de certeza para tener por acreditada su participación en el hecho.

Por la vía del inciso segundo del art. 456 del ordenamiento adjetivo, sostuvo que la sentencia recurrida se aprecia inmotivada o al menos, aparentemente motivada, resultando la misma arbitraria a la luz de los arts. 123 y 404 inc. 2° del C.P.P.N. y 18 de la C.N.

En este sentido, sostuvo que en la presente causa existen dos versiones diferentes de cómo transcurrieron los hechos, la del Sr. Alfredo Soliz y la de su asistido, y que mientras la primera fue cambiando durante todo el proceso, la brindada por el Sr. Nieva fue coincidente y conteste con toda la prueba recolectada.

Por otra parte, remarcó que en el relato del Sr. Soliz se presentan una serie de contradicciones en relación al elemento utilizado para defenderse de sus atacantes lo que permitiría dudar sobre la veracidad de sus dichos. Específicamente, puso en duda que se tratara de un "destornillador", como finalmente declaró el señor Soliz, porque dicho elemento no coincidiría con las lesiones presentadas según la historia clínica e informes efectuados a su asistido.

Asimismo, criticó que no se hubieran tenido en cuenta las declaraciones del Sr. René Héctor Arandia y el Sr. Arturo Fleitas y, por último, puso de resalto que el reconocimiento en rueda de personas no podía ser considerado como una prueba sustancial puesto que el mismo pudo deberse a su relación de vecindad, ya que habitan en el mismo barrio.

b. Errónea aplicación de la ley sustantiva.

Subsidiariamente, por la vía prevista en el art. 456, inciso primero, del ordenamiento procesal, formuló los cuestionamientos que seguidamente se reseñan:

b.1. Errónea aplicación de la agravante contenida en el art. 167, inciso 2°, del Código Penal.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

En primer término, puntualizó que no debe aplicarse la calificación escogida, por cuanto al no haber elementos que vinculen a su asistido con el resto de las personas, no puede sostenerse que hubo participación de tres o más personas con acuerdo previo.

Asimismo, sostuvo que el término "banda" no se encuentra contemplado legalmente en los arts. 77 y 78 del C.P. por lo que la interpretación de su significado puede seguir dos caminos distintos. El primero, y utilizado por el *a quo*, es el de considerar que sólo hace falta la concurrencia de dos o más personas en el hecho, siendo su aplicación al caso una evidente violación al principio de legalidad.

Sin embargo, otra postura, propugnada por el recurrente, es aquella que entiende que además de la concurrencia de dos o más personas debe adunarse la permanencia de los miembros en el grupo y la finalidad de ejecutar delitos indeterminados, circunstancias éstas que no se vislumbran en el supuesto de autos, por lo que entendió que el *a quo* erró en la adecuación típica de la conducta de Nieva correspondiendo, en el "hipotético caso de que el hecho que aquí se investiga hubiere sido llevado a cabo", recalificarla como robo simple en los términos del art. 164 del C.P. y en consecuencia modificar la pena impuesta.

b.2. Errónea aplicación de la agravante por la participación de un menor de 18 años (art. 41 quater del C.P.N.).

En último término, señaló que no estaba de acuerdo con la aplicación de la agravante contenida en el art. 41 quater del C.P., dado que lo único que se tomó en cuenta para vincular a ~~A. B. C.~~ ~~F. G. H.~~ con el hecho es que tanto él como Nieva fueron apuñalados.

En este sentido, agregó que la interpretación más correcta sobre esta agravante es "aquella que no circunscribe la actuación del menor a la circunstancia de que éste sea utilizado para evitar la punibilidad del mayor. Así, entiendo necesario que se acredite la utilización del menor para descargar la responsabilidad del mayor, por lo que no basta

la mera actuación del menor en el hecho", luego de lo cual, aclaró que en el caso no se pudo determinar cuál fue el accionar desplegado por el menor.

c. Inaplicabilidad del art. 12 del Código Penal.

Por último, solicitó que se declare inaplicable al caso la accesoria legal del art. 12 del C.P.

Para ello, comenzó por aclarar que si bien el Tribunal no citó la referida norma, condenó a su pupilo con "accesorias legales" por lo que, a su entender, se considera aplicable dicha normativa. Luego, continuó su desarrollo explicando que dicha decisión puede ser criticada desde dos perspectivas: la falta de cita legal que justifique la condena con "accesorias legales" y la otra basada en la inaplicabilidad al caso de la accesoria del art. 12 del C.P.

Sobre esta última, consideró que la aplicación de la misma resulta violatoria de principios internacionales y del interés superior del niño y "representa una verdadera pena accesoria pues importa la limitación, de modo automático, a la patria potestad y a la capacidad de administración y disposición de bienes" (cfr. fs. 612).

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., el Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, efectuó su presentación analizando simultáneamente los distintos agravios presentados por la defensa (cfr. fs. 621/626).

Así, en primer lugar, manifestó que en el recurso de casación el recurrente no refutó de manera suficiente los fundamentos brindados en la sentencia, sino que se limitó a reeditar los planteos que ya fueron adecuadamente contestados por el *a quo*, que analizó y corroboró los relatos de las víctimas con los restantes elementos de cargo.

En segundo lugar, en relación a la crítica efectuada a la interpretación del concepto "banda" elaborada por el *a quo*, el representante del Ministerio Público Fiscal consideró que la misma es la interpretación correcta para el supuesto de autos y que el principio de legalidad no se ve violentado



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

ya que "el principio de legalidad sustantivo (nullum crimen sine lege) es una garantía en favor del acusado que determina la necesidad de una ley expresa y estricta (mandato de determinación) que posibilite la diferenciación de las distintas conductas contenidas en la ley penal. Ello no significa que se encuentre prohibida la valoración o la interpretación, sino que se exige que la norma contenida en la ley contenga los indicadores necesarios para ser entendida y prevista por sus destinatarios con anterioridad a su aplicación judicial" (cfr. fs. 623vta.).

Por otra parte, en cuanto al agravio presentado por la defensa sobre el agravante previsto en el art. 41 quater del C.P., sostuvo que correspondía hacerle lugar sobre este punto al recurso interpuesto puesto que, a su entender, la agravante mencionada no puede ser aplicada en los casos en que el menor es coautor del hecho, más allá de si es declarado inimputable o no por su minoría de edad.

Por último, en lo referente al planteo sobre el art. 12 del C.P. consideró que el recurrente erró en su formulación puesto que debió argumentar sobre la constitucionalidad de la norma, a la vez que no acreditó la existencia de un perjuicio concreto y actual en su solicitud.

A su vez, señaló que la incapacidad allí prevista no es absoluta sino que se trata de una incapacidad de hecho relativa que tiene como fin evitar que la persona que sufre del encierro tome decisiones que puedan perjudicar los intereses propios o de su familia.

V. Que superada la etapa procesal prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos (cfr. fs. 629), quedaron las actuaciones en estado 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 señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

I. Toda vez que el recurso impetrado, a la luz de lo previsto por los arts. 438, 456, 457, 459 y 463, es

formalmente admisible, he de adentrarme a dar respuesta a los planteamientos articulados por la Defensa.

II. En primer lugar, resulta apropiado recordar cómo se fijó el hecho que originó la presente causa.

Es así que, los magistrados a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 12 de la Capital Federal consideraron acreditado que "el día 9 de junio de 2009, a las 18:00 horas aproximadamente, **LUIS ANTONIO MARCELO NIEVA** se apoderó, mediante el empleo de violencia en las personas y en compañía de varios sujetos de sexo masculino -uno de los cuales resultó ser el menor de edad ~~A. F.~~ (de 15 años)- de un bolso que contenía ropa de trabajo, algunas herramientas y papeles varios, propiedad de Adolfo Soliz.

Ello, en la fecha y hora aludidas, mientras el damnificado y su hijo Ariel Soliz, caminaban por el interior del barrio Ramón Carrillo por la calle Castañares -en dirección al pasaje K- oportunidad en la que fueron interceptados por tres sujetos de sexo masculino quienes les exigieron la entrega de dinero.

Luego de que Adolfo y Ariel Soliz les dijeran a tales individuos que no tenían suma alguna para darles, reanudaron su marcha velozmente, oportunidad en la cual aquéllos comenzaron a seguirlos.

Así fue que en ese momento Adolfo y Ariel Soliz fueron sorprendidos por delante por **NIEVA** y otra persona de sexo masculino, quienes luego de encerrarlos se trabaron en lucha con ellos y le arrebataron a Adolfo un bolso de su propiedad. En esos instantes, los damnificados fueron alcanzados por las restantes personas, las que comenzaron a agredirlos con golpes de puño y "patadas", generando que Adolfo cayera al piso y se lesionara su mano izquierda. Que en ese momento Adolfo Soliz logró levantarse y comenzó a arrojar golpes a sus agresores, a la vez que utilizó un elemento filoso que poseía contra éstos a fin de defenderse - lesionando al imputado y al menor ~~F.~~. Que luego continuó la huida junto a su hijo a la veloz carrera por el interior del barrio de mención al tiempo que golpeaban las



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

puertas de diferentes viviendas del lugar solicitando ayuda y eran perseguidos en todo momento por sus agresores, quienes les arrojaban piedras.

En virtud de lo expuesto, los damnificados intentaron ingresar a la casa "69" del pasaje K de dicho barrio, oportunidad en que Adolfo Soliz fue alcanzado por una de las piedras que le estaban arrojando, la cual impactó en su rostro provocándole la pérdida del conocimiento por algunos instantes.

Una vez que lograron ingresar a la mencionada finca, su propietario -Alejandro Villa Cazón- solicitó la presencia de personal policial en el lugar, mientras que desde el exterior continuaban arrojando piedras y efectuando disparos de arma de fuego contra dicha vivienda -causándole daños a la morada-.

Finalmente, se hicieron presentes en el lugar funcionarios de la PFA, circunstancia que provocó que los atacantes se dispersaran" (cfr. fs. 587vta./588vta.).

III.- Corresponde así que analice, ante el planteo de arbitrariedad de la sentencia formulado por la defensa de Nieva, si los fundamentos expresados por los sentenciantes para condenarlo lucen suficientemente motivados y ajustados a las reglas de la sana crítica racional (art. 398 del CPPN), y no carentes de fundamentos o incursos en contradicciones (art. 404, inc. 2, CPPN).

Para ello, ya he señalado la plataforma fáctica tenida por cierta por los judicantes, la cual, según se colige de los fundamentos de la sentencia (fs. 587/597 vta.), encuentra particular sustento en los dichos de Adolfo Soliz y de su hijo Ariel Soliz.

Así, Adolfo Soliz señaló que el día del hecho se encontraba con su hijo yendo a la casa de su pareja ubicada en el barrio Ramón Carrillo, cuando al doblar por un pasaje observaron a varias personas de sexo masculino, tres de las cuales los rodearon y les solicitaron la entrega de dinero. Que el declarante les dijo que no poseía suma alguna y comenzó a caminar rápidamente junto a su hijo, motivo por el cual empezaron a seguirlos hasta que fueron interceptados por

otras dos personas que los empujaron y le sustrajeron a él el bolso que llevaba, para luego ser rodeados también por quienes los seguían, cuyos integrantes sin mediar palabra comenzaron a propinarles patadas y golpes de puño. Ante ello, se cayó al piso hasta que logró reincorporarse y comenzó a arrojar golpes de puño a fin de lograr escapar de sus agresores, a la vez que utilizó un elemento corto punzante para defenderse lesionando a dos de sus atacantes.

Seguidamente lograron escapar y comenzaron a correr mientras eran perseguidos por el grupo de personas que les arrojaban piedras y otros elementos, por lo que golpeaban las puertas de distintas viviendas pidiendo ayuda, hasta que lograron que uno de los vecinos del pasaje K les abriera la puerta. Sin embargo, segundos antes de ingresar a la morada, recibió una piedra que le impactó en la cabeza dejándolo sin conocimiento, por lo que su hijo debió ingresarlo a la misma.

Finalmente, las agresiones se detuvieron tras el arribo de personal policial, y él y su hijo fueron trasladados, al igual que dos de los imputados al hospital Santojanni.

Por su parte, Ariel Soliz, fue conteste y coincidente con lo narrado por su padre en su relato sobre lo sucedido el 9 de junio de 2009. Así, contó cómo fueron abordados primeramente por tres personas jóvenes quienes luego de pedirles dinero los siguieron por detrás; cómo fueron enfrentados por dos personas adultas quienes forcejearon con aquellos; y cómo finalmente fueron golpeados violentamente por éstos cinco individuos hasta que lograron esconderse en lo de un vecino.

Por otra parte, también se tuvo en cuenta la rueda de personas, oportunidad en la que Soliz no sólo reconoció al señor Nieva sino que lo identificó como uno de los autores del hecho y pudo describir la actividad desarrollada por éste en el desapoderamiento.

Asimismo, también relató lo sucedido el señor Alejandro Villa Cazón, quien confirmó la versión de Adolfo Soliz en relación a un episodio previo de robo, la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

persecución y agresión percibida por los damnificados y el ataque desmedido del grupo hacia ellos y su morada.

Por último, también han sido tenidos en cuenta para arribar al temperamento adoptado, el acta de secuestro, el peritaje de la División Balística de la PFA, los informes médicos y constancias de atención médica no sólo de Adolfo y Ariel Soliz, sino también de Nieva y de ~~A. F.~~ (menor de 18 años) y demás piezas procesales incorporadas por lectura.

IV. Así las cosas, se desprende que para arribar a la conclusión inculpativa, el tribunal *a quo* tuvo en cuenta, especialmente, las declaraciones de los testigos presenciales del hecho descripto -particularmente de las víctimas y del señor Villa Cazón-, quienes dieron cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los prevenidos realizaron la conducta antes detallada.

Asimismo, destacaron que las imprecisiones sobre las circunstancias accesorias al evento principal resultan irrelevantes y justificadas por el paso del tiempo y la tensión vivida por las partes.

Además, se señaló que el relato de Adolfo Soliz brindado ante al Subinspector Julio Contreras al momento del hecho fue similar al brindado en el debate oral y público, manteniéndose inamovible la parte central de sus dichos.

Por otro lado, el *a quo* sostuvo, sobre la falta de precisión de Soliz relativa al elemento cortopunzante utilizado para defenderse de sus atacantes, que amén de poder ser justificada por el paso del tiempo, también puede explicarse por el temor de la víctima de ser vinculado a conductas que podrían dar lugar a delitos de acción pública.

Asimismo, el Tribunal se expidió acerca de las declaraciones brindadas por René Héctor Arandía y Arturo Fleitas, y explicó que las mismas no aportaron datos significantes al debate puesto que las mismas no ofrecieron elemento alguno de interés al hecho evaluado.

Por último, en relación al testimonio del encausado Nieva, el *a quo* sostuvo que el mismo resulta inverosímil y un

claro acto de defensa, en tanto no existen elementos que permitan confirmar sus dichos.

En razón de lo expuesto, entiendo que no asiste razón a la defensa en su planteo, sin fundamentar, que pone en duda la intervención de Nieva en el hecho.

Pues, como he remarcado, el testigo Adolfo Soliz remarcó el rol protagónico que tuvo el imputado en el suceso, explicando que el encausado, junto con uno de sus consortes, lo increpó exigiéndole la entrega de sus bienes e inició el forcejeo y la posterior pelea. Ello, sumado al desarrollo previamente expuesto, deja entrever que los fundamentos utilizados en la resolución impugnada, lucen suficientemente motivados y ajustados a las reglas de la sana crítica racional.

V. En cuanto al embate dirigido respecto de la calificación legal, abordaré a continuación los agravios vinculados con la errónea aplicación de la ley sustantiva que la defensa invocó subsidiariamente.

Al respecto, solicitó que se aplique la interpretación restrictiva del concepto "banda" y que, por lo tanto, no se emplee la agravante contenida en el art. 167, inciso 2° del C.P para el supuesto de autos.

En un primer momento, y antes de analizar si ha sido correcta la aplicación al caso de la agravante mencionada, me adentraré a delimitar el alcance de la palabra "banda" a la que alude el Código Penal no sólo en el artículo señalado, sino también en los incisos 2° del art. 166 y 4° del art. 184.

Sobre el punto, no escapan al suscripto las discusiones jurisprudenciales y doctrinarias que el término "banda" ha generado. Así, hay dos posturas bien definidas entre aquellos que consideran que el concepto "banda" de la normativa *ut supra* apuntada se independiza de la noción de asociación ilícita del art. 210 del C.P. y aquellos que consideran que ambas figuras se confunden, siendo su distinción meramente nominativa.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

En definitiva, entonces, debo tomar una postura y establecer si el vocablo "banda" es un concepto autónomo o si, por el contrario, se adecua al tipo penal del art. 210 del C.P.

De las posturas reseñadas, debo decir que favorezco la primera pues soy de la opinión que una "banda" no es más que una agrupación circunstancial o transitoria de tres o más individuos que se reúnen para cometer uno o varios delitos determinados, y sólo requiere una preordenación para ese delito particular; mientras que la asociación ilícita demanda una organización, también de tres o más personas, pero de carácter estable y con el objeto de ejecutar hechos delictivos indeterminados.

A lo expuesto se le debe añadir, en primer lugar, que los bienes jurídicos protegidos por estas figuras difieren sustancialmente; por un lado la tipificación del delito de asociación ilícita protege la tranquilidad pública, mientras que la agravante "banda" tutela la propiedad.

En segundo término, la asociación ilícita es un delito autónomo, mientras que la "banda" es una circunstancia agravante de los delitos de robo o daño.

Adviértase que mientras en la asociación ilícita se requiere que el acuerdo de voluntades sea pleno y válidamente prestado (los tres integrantes deben ser mayores penalmente), en la "banda" no es necesaria tal plenitud en el acuerdo bastando la mera presencia física intimidatoria de los tres sujetos, aunque uno de ellos resulte inimputable, puesto que el fundamento de la agravante es la mayor indefensión de la víctima.

Por último, el delito de asociación ilícita es de tinte permanente y de peligro abstracto, bastando para su configuración el solo hecho de pertenecer a la asociación con cierta permanencia, mientras que la "banda" presupone una reunión ocasional, en la que no basta el mero acuerdo, sino que se demanda comienzo de ejecución, que el robo o el daño hallan alcanzado la etapa del *iter criminis* correspondiente a la tentativa (cfr. Héctor Guillermo Vidal Albarracín, "Delitos Aduaneros", Ed. Mave, Bs. As., 2004, pág. 292/293).

En síntesis, y a contrario de lo alegado por el recurrente, el término "banda" utilizado para calificar los delitos de robo y daño, no supone que las tres o más personas que la integran deban pertenecer o conformar una asociación ilícita en los términos del art. 210 del C.P. o, lo que es lo mismo, a los efectos de la adecuación típica del robo o daño en banda, no se requiere que concurren los elementos del tipo objetivo previstos en el indicado art. 210 del C.P.

De esta manera, y atento a lo señalado *ut supra*, soy de la idea que luce adecuada la calificación jurídica escogida por el tribunal *a quo* para subsumir el hecho endilgado Nieva.

Es que como se señaló en el punto precedente se ha probado en autos que en el presente caso intervinieron más de tres personas -hasta un total de cinco de acuerdo a lo declarado por los damnificados-, y que Nieva y otro sujeto de sexo masculino lograron encerrar a las víctimas y arrebatarse el bolso aludido, previo trenzarse en lucha todos los asaltantes (los primeros tres sujetos que invistieron a las víctimas y Nieva y el otro individuo) con las víctimas. De esto modo, se acreditó la violencia utilizada sobre las víctimas para concretar el desapoderamiento, así como también la convergencia de cinco personas, en la vía pública del barrio Ramón Castillo, lo que confirma los elementos "banda" y "poblado".

VI. Corresponde ahora analizar el planteo recursivo referente a la errónea aplicación de la agravante prevista en el art. 41 quater del C.P.

Es así que, a los efectos de tener por configurada dicha agravante, resulta necesario tener presente las prerrogativas establecidas en el art. 3 de la "Convención sobre los Derechos del Niño" -tratado internacional con jerarquía constitucional, por vía del art. 75, inc. 22, de la C.N.-, que disponen que los Estados Partes deben adecuar sus legislaciones en atención al "*interés superior del niño*" (inc. 1) y para asegurarle "*la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar*" (inc. 2).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

De tal modo, debe reconocerse que la agravante prevista por el art. 41 quater del C.P., tiene una finalidad eminentemente tuitiva de protección del incapaz. De tal modo, su fundamento radica en proteger especialmente al menor, castigando más severamente a aquellos que los involucran en situaciones delictivas.

En concordancia con lo expuesto, esta Cámara ha sostenido que *"la agravante prevista en el art. 41 quater del C.P. resulta aplicable siempre que se acredite debidamente la intervención de un menor en la empresa delictiva, sin que a tales fines resulte relevante la intencionalidad del coimputado mayor de descargar en él su responsabilidad penal. Ello es así, por cuanto el texto legal no hace referencia alguna acerca de la necesidad de que se acredite un dolo específico por parte del agente mayor de edad. Por otra parte, la razón de ello encuentra fundamento en la necesidad de proteger a los menores del grave perjuicio al que quedan expuestos en este tipo de actos delictivos, con la consiguiente afección para su desarrollo psíquico y social y su exposición a indudables peligros físicos"* (cfr. causa N° 6758 de la Sala II, Cufre, Jorge Adrián y otros s/recurso de casación", Reg. N° 9708.2, rta. el 5/10/07; en igual sentido: causa N° 6411 de la Sala I, "Veliz Herrera, Jorge Luis s/recurso de casación", Reg. N° 8231.1, rta. el 17/07/06; causa N° 5849 de la Sala III, "Pereyra, Cristián Raúl s/recurso de casación", Reg. N° 1056.05.3, rta. el 18/08/06).

De tal modo, la agravante del art. 41 quater del C.P. se satisface por la circunstancia de que un mayor de edad cometa un delito con la intervención de un menor de dieciocho (18) años. El dolo que requiere la figura es, obviamente, que el mayor conozca la minoridad de su consorte; más la norma no exige ningún otro elemento subjetivo particular.

En este sentido me expedí en la causa "MORE, Emanuel Matías s/recurso de casación", causa N°11.163, registro 1079/12, rta. 27/06/12.

En consecuencia, atento los testimonios de las víctimas que fueron contestes en la minoridad de F██████████, no resultaría ajustado a las reglas de la sana crítica inferir

que Nieva desconocía la mencionada situación de minoridad del mencionado.

Por ello, habré de postular el rechazo del planteo expuesto en el recurso bajo tratamiento en torno a la aplicación del art. 41 quater del C.P. en el presente caso, así como también sobre lo expuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal sobre este punto en el término previsto en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N.

VII. Por último, corresponde que me pronuncie acerca de la impugnación dirigida contra lo preceptuado por el art. 12 del digesto de fondo. Recuérdese, que la defensa objetó su aplicación al caso porque ello vulnera su derecho a la patria potestad y a la capacidad de administración y disposición de sus bienes.

Ahora bien, 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 las 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



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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 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



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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 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



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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.

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.

VIII. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al remedio recursivo glosado a fs. 599/614 vta. interpuesto por el Defensor Público Oficial, doctor Jorge L. Falco, únicamente en orden al planteo motivado en la aplicación de lo previsto por el art. 12 del Código Penal y en consecuencia, DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, y dejar sin efecto la condena dictada únicamente en cuanto a la imposición de la accesoria dispuesta en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P.

II. RECHAZAR los demás agravios expuestos en el recurso de casación.

III. TÉNGASE PRESENTE la reserva del caso federal.

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. Que coincido en lo sustancial con el voto formulado por mi distinguido colega, doctor Juan Carlos Gemignani, con excepción de lo referente a la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y sin perjuicio de las consideraciones que a continuación expondré.

II. En cuanto a la aplicación de la agravante impuesta a Luis Antonio Nieva por la intervención en el hecho de un menor de 18 años (art. 41 quater del C.P.), la misma ha sido cuestionada tanto por la impugnante en su recurso de casación como por el Señor Fiscal General ante esta instancia.

En dicho sentido, cabe aclarar que si bien he expresado que la ausencia de controversia entre la defensa y lo dictaminado fundadamente por el fiscal impedía, según el caso, la modificación del fallo impugnado o su convalidación (cfr. en lo pertinente y aplicable votos del suscripto, C.F.C.P., SALA IV: causa n° 15.443, "Villa, Daniel Tomás s/recurso de casación", reg. n° 2239/12 del 20/11/12; causa n° 85/2013, "Miranda, Adrián Fernando s/recurso de casación, reg. nro. 166/13 del 01/03/13; causa n° CCC 6670/2013/T01/CFC1, "Areco, Emanuel Franco s/recurso de casación", reg. nro. 1012/14 del 28/05/14; causa n° CFP 11882/2010/T01/7/CFC6, "Flores Romero,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

Haminton s/ recurso de casación", reg. 294/15, del 06/03/2015; causa n° 24434/2013/TO1/1/CFC1, "Seballos, Agustín Fabián s/ recurso de casación", reg. 382/15, del 17/03/2015, entre muchos otros), en esta causa las consideraciones introducidas por el Señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier Augusto De Luca -en cuanto postula que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto toda vez que la referida agravante no puede ser aplicada a los casos en que el menor es coautor del hecho, más allá de que sea o no declarado inimputable- son infundadas.

Ello, toda vez que, en el concreto caso en estudio, el señor fiscal se basa para afirmar su postura en una circunstancia ajena a las cuestiones determinadas en autos, esto es, la coautoría del menor F██████ en el suceso investigado.

Al respecto, el señor juez de menores en oportunidad de resolver la situación procesal de A██████ F██████ lo declaró no punible y lo sobreseyó sin expedirse sobre su participación en el hecho toda vez que *"carece de sentido detenerse sobre este punto y prolongar el trámite de la causa respecto de un sujeto inimputable, pues... el mismo contaba con 15 años de edad al inicio de estos actuados"* (Cfr. fs. 222). En el mismo sentido, en la resolución impugnada el "a quo" sólo indicó que *"existen elementos como para atribuirle [a Fleitas] participación en el robo"* (Cfr. fs. 592vta.).

Así, de dichas afirmaciones de los tribunales intervinientes no se desprende que se haya precisado el grado de intervención del menor A██████ F██████ en el caso, ni en consecuencia, la coautoría que afirma el señor fiscal de casación.

Por otro lado, el representante del Ministerio Público Fiscal tampoco explica por qué en el supuesto en estudio la agravante del art. 41 *quater* del C.P. no resultaría aplicable para *"los mayores que intervinieron conjuntamente con el menor"*.

Sentado ello, con relación al presupuesto del art. 41 *quater* del C.P., he sostenido que corresponde su utilización siempre que se acredite debidamente la intervención de un

menor en la empresa delictiva, sin que a tales fines resulte relevante la intencionalidad del coimputado mayor de descargar en él su responsabilidad penal (Cfr., en lo pertinente y aplicable, "Ragone, Laura Eliza s/ recurso de casación" causa N°13.020 registro 1707/12, rta. del 21/09/2012 y "Faur, Jonathan Roberto s/recurso de casación", causa N° 703/13, rta. 02/09/2014, reg. 1749.14.4 ambas de esta Sala IV de la C.F.C.P.). Dicha situación ha quedado debidamente acreditada en el "sub lite".

Lo expuesto toda vez que, a partir de las concretas circunstancias tenidas por probadas por el tribunal de mérito, Luis Antonio Marcelo Nieva tuvo conciencia acerca de la existencia del peligro concreto que implicó, mediante la intervención del menor de 15 años de edad ~~A. F.~~, llevar adelante la realización de la agravante contenida en el art. 41 *quater* del C.P., ante lo cual demostró su conformidad. En síntesis, para el logro de la meta de la acción que se propuso (desapoderamiento de la víctima mediante la intervención de una menor de 18 años de edad), asumió *"la realización del tipo y soportó el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción"* (JESCHECK, Hans Heinrich, "Tratado de Derecho Penal, Parte General" Edit. Comares, Granada, España, 1988 pág. 269).

Por lo plasmado, corresponde rechazar este tramo de la impugnación.

III. Con relación a la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P., ya me he pronunciado en reiteradas oportunidades sobre su constitucionalidad (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.; N° 14931/2003/T01/2/CF2 "Belloso, Roberto Carlos s/recurso de casación", reg. N° 927/15.4, rta. el 19/5/15, entre otros).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

IV. Conforme lo expuesto, propongo al Acuerdo:

I. Rechazar el recurso de casación impetrado por la defensa de Luis Antonio Marcelo Nieva, sin costas en la instancia (Arts. 530 y 531 "in fine" del C.P.P.N.).

II. Tener presente la reserva del caso federal.

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

I. Comparto, en lo sustancial, las fundamentaciones y conclusiones que fueron desarrolladas en el voto del colega que lidera el acuerdo, doctor Juan Carlos Gemignani.

En efecto, la sentencia recurrida, en lo relativo a la ponderación de las pruebas, a la acreditación de la ocurrencia de los hechos juzgados, a la participación que en ellos cupo a Luis Antonio Marcelo NIEVA 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. 2), del C.P.P.N.).

II. También coincido en esencia en relación con la calificación legal otorgada a los hechos juzgados, y por el que se cuestiona la interpretación que corresponde otorgarle a la agravante del robo cuando es cometido en "banda", concepto que concuerda con lo que vengo señalando de manera constante respecto del significado de la agravante "banda", contenida en la citada disposición, desde mi incorporación a esta Cámara de Casación (cfr.: causa nro. 177, "BEARTH CARRASCO, Juan Santiago y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 326.4, rta. el 12/6/95; causa nro. 283, "MANRIQUE, Stella Maris s/recurso de casación", Reg. Nro. 525.4, rta. el 16/2/96; causa nro. 7364, "DE PRETTO, Jonathan Mariano s/recurso de casación", Reg. Nro. 10.182.4, rta. el 7/3/08 y en la causa nro. 6901 "AQUINO, Ricardo Miguel y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 8738.4, rta. el 30/5/07; y

más recientemente en la causa nro. 11.669, "CHAGAS DUTRA, Julio Darien s/recurso de casación", Reg. Nro. 15.986, rta. el 21/11/11; y causa nro. 14.392, "N., S. A. s/recurso de casación", Reg. Nro. 533/12.4, rta. el 18/04/12; entre muchas otras).

Esto es así pues el concepto de "banda" que califica como agravante el delito de robo hace referencia al modo de ejecución del injusto, en tanto exige que en la comisión del robo participen tres o más personas con el fin común de realizarlo, es decir, debe mediar un acuerdo de voluntades para cometer un hecho delictivo, con su división de tareas y su codominio del hecho final, mientras que, por el contrario, el delito de "asociación ilícita" (art. 210 del C.P.) requiere, para su configuración, un acuerdo de voluntades previo de los imputados con vocación de cierta permanencia durante el tiempo en que se registren los hechos delictivos, pues a su integración se pertenece en forma estable y el aspecto subjetivo consiste en la intención de pertenecer a esa sociedad criminal y en el conocimiento de la ilicitud de esos planes delictivos con indeterminación. En efecto, el delito de "asociación ilícita" es de carácter permanente, y requiere la existencia de un acuerdo de voluntades, estable y con caracteres de cohesión y organización, entre tres o más personas imputables, con la finalidad de cometer delitos en forma general e indeterminada, aun cuando se refieran a una misma modalidad delictiva (C.F.C.P., Sala IV, causa nro. 15.332 "SUÁREZ ANZORENA, Martín s/recurso de casación", Reg. Nro. 2628/12.4, rta. el 28/12/12).

Sobre el particular sostuve, en lo ahora pertinente, que el concepto de banda que califica como agravante al delito de robo se refiere al modo de ejecución del injusto -empleada esta expresión en el sentido del art. 45 del C.P.- y no se identifica, ni es sinónimo del de asociación ilícita previsto en el artículo 210 del Código Penal, sino que lo que la "banda" requiere fundamentalmente es la comisión de un delito por tres o más personas en el que -como fue dicho- media un acuerdo de voluntades para cometer un hecho



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

delictivo, con su división de tareas y su codominio del hecho final, y esto es lo que le da mayor peligrosidad con respecto al bien jurídico protegido (causa nro. 3445, "ARCE, Francisco J. s/recurso de casación", Reg. Nro. 4351, rta. el 21/10/2002; causa nro. 7556, "JUÁREZ, Marcelo F. s/recurso de casación", Reg. Nro. 12.262, rta. el 10/02/2009; causa nro. 9381, "TORRES CHÁVEZ, Mario A. s/recurso de casación", Reg. Nro. 13.150, rta. el 22/03/2010; entre otras).

Ese término debe ser interpretado en su concepto usual, es decir, como un conjunto de personas que en ciertos delitos asume por sí una especial gravedad que la ley debe computar en contra del delincuente por la mayor magnitud del peligro que implica esa participación conjunta para los bienes jurídicos en juego, aumentando así el contenido del injusto, resultando dicho atentado menos dificultoso para el delincuente. Es así, entonces, que la concurrencia de tal agravante debe considerarse como un índice de mayor peligrosidad, lo que determina lógicamente la necesidad de una protección social más severa y eficaz a través de la pena.

Ahora bien, el elemento normativo "banda", requiere la existencia efectiva de un aumento de la gravedad, de la magnitud del peligro y vulnerabilidad de los bienes jurídicos en juego, mediante un acuerdo de voluntades para cometer un delito, por parte de los tres o más sujetos intervinientes.

La circunstancia del número obra objetivamente, en cuanto sirve para facilitar el delito; tal como se verifica en la especie. En tal sentido, "no es legítimo echar mano a la simple operación matemática de sumar individuos con disímil participación en el robo para alcanzar el número exigido en modo condicionante por la norma para actuar sus preceptos", sino que debe constatarse que los individuos hubiesen convergido intencionalmente en la realización de actos esenciales para la ejecución del suceso en el tiempo, modo y lugar en que se perpetró, pues la norma "se dirige a prevenir el encuentro, el acuerdo, la convergencia, la unión, la asociación, la comunión de voluntades delictuosas" (causa nro. 2775, "ÁLVAREZ, Silvano F. s/recurso de casación", Reg.

Nro. 3547, rta. el 13/08/2001; y causa nro. 3231, "ESPINOSA, César A. s/recurso de casación", Reg. Nro. 4132, rta. el 10/06/2002).

El especial fundamento de la agravante se encuentra en la mayor probabilidad de éxito de los intervinientes para superar los obstáculos que se puedan presentar en la consecución de su objetivo ilícito, el aumento de su audacia, la indefensión en que cae la víctima toda vez que se atempera la defensa privada, y el temor público que suscita la presencia de una banda cometiendo un robo, a diferencia del menor potencial delictivo que puede exhibir un delincuente solitario. De modo que la inexistencia "...de la cohesión y predeterminación de un quehacer futuro y común de un número indeterminado de ilícitos", resulta, a la luz de los principios antes expuestos, irrelevante a los fines de la configuración de la agravante en cuestión.

Integran la banda aquellas personas que tomen parte en el ilícito, ya sea realizando actos de ejecución del tipo penal o prestando a éstos un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse. En consecuencia, entrarán asimismo en la categoría de autores, en este caso del delito cometido en poblado y en banda, aquellos sujetos que presten su cooperación en el momento en que se ejecuta el robo, ya que, si bien dichos sujetos realizan acciones distintas de las que son propias del delito, su conducta se presenta vinculada estrictamente a éste y forma un solo conjunto con la del ejecutor (causa nro. 16.763 "BARCELA, Miguel Ángel s/rec. de casación", Reg. Nro. 2386/13.4, rta. 5/12/2013).

En orden a la doctrina expuesta no se verifica en la sentencia pronunciada el yerro pretendido en la aplicación de la ley sustantiva, por lo que adhiero a la propuesta formulada en el sufragio que abre el acuerdo.

III. Sobre la aplicación del art. 41 quater del C.P., como ya ha sido señalado, durante el término de oficina, el doctor Javier Augusto De Luca, representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, a fs. 621/626, en el punto III, parte B), postuló, con fundamentos suficientes,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

que ya han sido reseñados en los resultandos (acápito IV.), que se haga lugar al recurso de casación de la defensa; toda vez que, a su entender, la agravante mencionada no puede ser aplicada en los casos en que el menor es coautor del hecho, más allá de si es declarado inimputable o no por su minoría de edad. Es decir, la agravante -a su criterio- no resulta aplicable para los mayores que intervinieron conjuntamente con el menor.

Argumentó que ello es así, *"porque según el artículo 19 de la Constitución Nacional, nuestra ley penal solo puede castigar conductas que ofenden los derechos de los terceros, esto es, no las conductas que perjudican a quienes son autores de los derechos. La ley penal no puede reprimir la lesión de derechos de los autores de los delitos contra terceros por los que se los juzgan"*.

De esta manera el representante de la pretensión acusatoria pública se allanó a la petición específicamente introducida por la defensa de Luis Antonio Marcelo NIEVA referida a que la intervención de un menor de 18 años haya sido utilizado como instrumento para evitar la punibilidad del mayor (cfr. punto V, b), 2, del escrito de la defensa de fs. 599/614vta., sus fundamentos y citas); y aun cuando su argumentación fuera escueta expresamente solicitó que se haga lugar a ese agravio que reposa sobre una diferente interpretación del alcance del art. 41 quater a la efectuada por el "a quo", circunstancia que limita en base a los principios de carácter procesal y constitucional que se expondrán seguidamente la decisión jurisdiccional en el caso.

Sentado cuanto precede y teniendo en cuenta lo dictaminado por el señor Fiscal General ante esta instancia, corresponde hacer extensiva al ámbito recursivo la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la falta de acusación (cfr. "García", Fallos 317:2043, "Tarifeño", Fallos 325:2019 y "Cattonar", Fallos 318:1234), pues si la posición acusatoria y valorativa de la prueba del juicio asegura el contradictorio y habilita la potestad de juzgar, de la misma manera debe interpretarse que si el Fiscal General ante esta Cámara -en tanto superior

jerárquico del Fiscal de Juicio- declina la pretensión acusatoria allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede suplantarle en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes (cfr. mi voto en causa nro. 14.284 "LÓPEZ, Miguel Ángel s/rec. de casación", Reg. Nro. 1488.12, rta. 30/08/2012).

Las formas sustanciales del juicio requieren de acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, reconociendo de esta manera el carácter acusatorio que debe iluminar la legislación procesal penal, en respeto de la garantía de debido proceso legal (art. 18 C.N.).

Esta postura resulta congruente, además, con el principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, y encuentra sustento en razones constitucionales, así como en la defensa del interés público (art. 120 de la C.N. y arts. 1 y 25 y 28 de la ley 24.946). Asimismo se enrola, sin dificultad, en la doctrina del fallo "MEOQUI, Atilio Roberto s/recurso de casación", en lo relativo al trascendente asunto de las posibilidades recursivas del Ministerio Público Fiscal conforme a los principios de unidad y coherencia, de la que se desprende que la opinión de los Fiscales de Primera Instancia no ha de prevalecer sobre la opinión de los Fiscales Generales (de esta Sala IV, causa nro. 3654, Reg. Nro. 4933.4, rta. el 30/5/03, con cita de la C.S.J.N. en los autos "Recurso de hecho deducido por Gustavo M. Hornos (Fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Federal de la Capital Federal) en la causa "Canda, Alejandro Guido s/extradición" -causa n° 23.665-, Fallos 315:2965).

En definitiva, las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia deben ser coherentemente respetadas a lo largo de todas las etapas del proceso, concretamente, en el caso, en el procedimiento



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

recursivo (art. 18 de la C.N. y Tratados de Derechos Humanos concordantes).

Es que es la acusación la forma sustancial de todo proceso penal que rige en salvaguarda de la defensa en juicio del justiciable, sin que tenga otro alcance que el de dotar de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (cfr. C.S.J.N. en los precedentes "Santillán, Francisco Agustín s/recurso de casación", rta. el 13/08/98 (Fallos: 321:2021) y "Del'Olío, Edgardo Luis y Del'Olío, Juan Carlos s/defraudación por administración fraudulenta" -causa D. 45. XLI-, Recurso de Hecho, rta. el 11/07/06-).

Como ya fue dicho corresponde hacer extensiva esta doctrina al ámbito recursivo, pues si la Corte Suprema entendió que la posición acusatoria y valorativa de la prueba del juicio asegura el contradictorio y habilita la potestad de juzgar, de la misma manera debe interpretarse que si el señor Fiscal General -en tanto superior jerárquico del Fiscal de Juicio- declina la pretensión acusatoria allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede suplantarlo en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes.

Esa circunstancia, entre otras y la evolución del pensamiento jurídico me ha llevado en numerosas oportunidades a reflexionar acerca de cuestiones relacionadas con el principio acusatorio y su aplicación al ordenamiento procesal vigente. A modo de ejemplo pueden verse en los fallos dictados en las causas n° 6988 caratulada "FUENTE, Carlos Isidoro s/recurso de casación", Reg. Nro. 9079.4, rta. el 21/8/07; n° 7102, caratulada "ARGÜELLO, Carlos Ezequiel s/recurso de casación", Reg. Nro. 9532, rta. el 12/11/07, n° 8469 caratulada "TEODOROVICH, Cristian David s/recurso de casación", Reg. Nro. 11.216.4 rta. el 06/02/09 y n° 8030 caratulada "SILVA, Oscar Alberto y otros s/ recurso de casación", Reg. Nro. 10.890, rta. el 26/9/08, entre otras.

La circunstancia apuntada me lleva a considerar la trascendente afectación al derecho de defensa en juicio (art.

18 de la Constitución Nacional, art. 8.2 b), c), d) y f) de la C.A.D.H. y art. 14.3, a) y b) del P.I.D.C.yP., entre otros), materializado, en este aspecto, en el llamado principio contradictorio cuyos términos limitan ostensiblemente la función jurisdiccional conferida al tribunal de juicio a la hora de emitir un pronunciamiento final.

A la luz de lo expuesto y dado que, como dije al inicio, el señor Fiscal General ante esta Cámara, con fundamentos suficientes para dar por cumplido en el caso el requisito de razonabilidad (arts. 18 y 28 C.N.), ha retirado la acusación realizada por el Fiscal de la instancia anterior, y solicitando que se haga lugar a este agravio, así, ante la ausencia de controversia entre la defensa y lo dictaminado por el señor Fiscal General ante esta instancia, corresponde hacer lugar a este segmento del recurso de casación interpuesto por la defensa y no aplicar en el caso el instituto en cuestión.

IV. Frente al planteo de la defensa de la inaplicabilidad del art. 12 del C.P. en cuanto entiende, entre otra cosas, que la imposición de las accesorias legales que esa norma contempla transgrede el principio de no trascendencia de la pena, estimo pertinente hacer las siguientes consideraciones en orden a determinar si dicha norma es o no constitucional.

Liminarmente, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley" (Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 310:1162; 312:122, 809,1437; 314:424, entre muchos otros) y que "el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces" (Fallos 310:642; 312:1681; 320:1166, 2298).

También ha sostenido el Máximo Tribunal en el caso "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus" (Fallos 328:1146), que *"corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias", y que no debe verse en ello "una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. [...] Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad... No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas" (confr. consid. 27 del voto mayoritario).*

2. El art. 12 del Código Penal 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 actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces" (el subrayado me pertenece).

Explica Zaffaroni que aquella norma encuentra su origen en el art. 101 del código Tejedor que disponía que la pena de presidio llevaba consigo la inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más. En el código de 1886 se repitió la previsión en el inc. 1° del art. 63, intercalando "y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos". Las fuentes de esta disposición se remontan a la muerte civil que preveía el libro 2°, título 18 de la Partida Cuarta, el art. 18 del código francés, según la reforma de 1832, el art. 16 del código napolitano, el art. 53 del código español de 1822 y el art. 7 del código de Baviera. Tejedor siguió al código español de 1850, cuyo art. 52 había atenuado la muerte civil (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, Ediar, Buenos Aires, pág. 981).

En tal sentido, el autor refiere que "la incapacidad civil (art. 12, segunda parte) tiene el carácter de pena accesoria y no mera consecuencia accesoria de la pena, porque la privación efectiva de la libertad no necesariamente la implica, es decir, el penado no está factiblemente imposibilitado de ejercer los derechos que el art. 12 cancela. Por otro lado, si el encierro mismo determina la incapacidad, no tendría mucho sentido una previsión legal que regulara lo que es obvio. Por ello es sustancialmente una medida represiva con los caracteres de una pena accesoria a la principal de la condena" (ob. cit. pág. 985).

En idéntico sentido y a partir de un análisis histórico surge que, hasta el proyecto de 1891 se le asignaba la nominación de "pena" ya sea de un modo expreso o implícito, sin embargo a partir del proyecto de 1906 se excluyó esta denominación.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CF1

La exposición de motivos de la Comisión Especial de Diputados señaló que *"la Privación de derechos civiles no es una pena sino un accesorio indispensable, que no tiene objeto represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad"* (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978, tomo II, pág. 400, nota Nro. 6).

En idéntico sentido, señala Nuñez que *"el artículo 12, segunda disposición, del Código Penal establece incapacidades civiles accesorias de las condenas penales. Estas incapacidades tienen carácter civil, porque su finalidad no es, esencialmente, la de castigar al delincuente para que no recaiga en el delito, sino la de suplir su incapacidad de hecho producida por el encierro"* y más adelante que *"la tesis que ve la razón de las incapacidades de ese artículo en las restricciones que para la libre acción civil del penado emanan de su encierro encuentra plena corroboración en los artículos 11 y 13 del Código. Estos artículos por el solo hecho del cese de ese encierro, le restituyen al condenado el gobierno de sus bienes y la libre acción civil a los efectos de su subsistencia"* (Tratado de Derecho Penal, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1987, Tomo II, pág. 447/448).

La postura que sostiene la tesis de la incapacidad de hecho resultaba congruente con la postura que he tenido oportunidad de sostener en cuanto a que el fin de la norma del art. 12 del Código Penal *".. es el de auxiliar al condenado a una pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro"*.

Sin embargo, en base a recientes reflexiones advertí que la norma del art. 12 del C.P. se encuentra en crisis frente a la irreversible evolución y el avance en el reconocimiento de los derechos de las personas privadas de su libertad así como de la evolución de la realidad carcelaria y que el punto debía ser objeto de una detenida reflexión judicial (cfr. causa Nro. 1198 caratulada "González, Mario

s/recurso de casación", Reg. Nro. 1862.14.4, rta. el 15/9/14).

Es que un cambio de la perspectiva de abordaje de las cuestiones penitenciarias impone mirar tras los muros desde la óptica de la efectiva vigencia de los derechos y no ya desde las prohibiciones.

3. Ahora bien, a fin de analizar la cuestión sometida a estudio en esta oportunidad -inconstitucionalidad del art. 12, segunda y tercera disposición, 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*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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 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



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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").

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*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFCI

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, parágrafo 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, 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, que 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).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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 presos tan solamente en ella, fasta que sean jugados*" (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.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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 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



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFC1

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 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 *"(l)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.

V. Con estas consideraciones propongo al acuerdo:



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 49867/2009/TO1/CFCL

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación de fs. 599/614 vta., no aplicar la agravante del art. 41 quater del C.P. y dejar sin efecto la condena dictada en cuanto a la imposición de este instituto.

2) Hacer lugar parcialmente al mismo recurso en orden al planteo motivado en la aplicación de lo previsto por el art. 12 del C.P. y, en consecuencia, **declarar la inconstitucionalidad** del art. 12, segunda y tercera disposición del C.P. y dejar sin efecto la condena dictada únicamente en cuanto a la imposición de la accesoria dispuesta en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P.

3) Rechazar los demás agravios expuestos en el recurso de casación, sin costas en la instancia (art. 530 y ss. del C.P.P.N.).

4) Tener presente la reserva del caso federal.

En virtud del resultado habido en el Acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al remedio recursivo glosado a fs. 599/614 vta. interpuesto por el Defensor Público Oficial, doctor Jorge L. Falco, únicamente en orden al planteo motivado en la aplicación de lo previsto por el art. 12 del Código Penal y en consecuencia, **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, y dejar sin efecto la condena dictada únicamente en cuanto a la imposición de la accesoria dispuesta en el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P.

II. RECHAZAR los demás agravios expuestos en el recurso de casación, sin costas en la instancia (arts. 530 y ss. del C.P.P.N.).

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada CSJN 15/13 y Lex 100). Remítase al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí: